

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“LOS INCIDENTES EN EL PROCESO DE FAMILIA EN LOS JUZGADOS DE  
FAMILIA DEL MUNICIPIO DE SAN MIGUEL 2000-2001”**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE:  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTAN:**

**WILFREDO ESCOBAR MEDRANO  
CLAUDIA PATRICIA JUÁREZ MEMBREÑO**

**AGOSTO DE 2002**

**SAN MIGUEL**

**EL SALVADOR**

**CENTRO AMERICA**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**AUTORIDADES**

**DRA. MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ**

**RECTORA**

**LIC. JOSÉ FRANCISCO MARROQUÍN**

**VICE-RECTOR**

**LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ**

**SECRETARIA GENERAL**

**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**

**AUTORIDADES**

**ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ**

**DECANO**

**LIC. MARCELINO MEJÍA GONZÁLEZ**

**VICE-DECANO**

**LICDA. LOURDES ELIZABETH PRUDENCIO COREAS**

**SECRETARIA**

# **DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS**

## **AUTORIDADES**

**LIC. RAFAEL ANTONIO ANDRADE POLÍO**

**JEFE DEL DEPARTAMENTO**

**LIC. JOSÉ FLORENCIO CASTELLÓN**

**COORDINADOR GENERAL DEL SEMINARIO**

**LIC. HERBERTH ENRIQUE GUARDADO MANZANO**

**LIC. SAUL ALBERTO ZÚNIGA CRUZ**

**DIRECTORES DE CONTENIDO**

**LICDA. MARTHA VILLATORO DE GUERRERO**

**DIRECTORA DE METODOLOGÍA**

## **DEDICATORIA**

### **A DIOS TODO PODEROSO:**

Por permitirme alcanzar esta meta tan anhelada para mí.

### **A MIS PADRES:**

**Israel y María Olinda**, por haber dedicado sus esfuerzos para lograr coronar mi carrera y hoy les puedo decir, que sus esfuerzos no fueron en vano.

### **A MIS HERMANOS:**

**Xiomara Emely e Israel Antonio**, por su comprensión, ayuda, confianza y compartir mi felicidad.

### **A MI SOBRINA:**

**Karla María**, con amor y cariño, con el propósito de servirle de ejemplo para su propia superación.

### **A MI ABUELA:**

**Jesús Membreño**, por estar conmigo en cada momento y haberme ayudado siempre.

### **A MIS TIOS:**

Por su apoyo incondicional que siempre me mostraron en todo momento.

### **A MIS PRIMOS:**

Por haberme apoyado y brindado su ayuda.

### **AL LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA:**

Por colaborar incondicionalmente con nosotros.

### **A MI COMPAÑERO DE TESIS:**

**Wilfredo**, por haberme apoyado y comprendido en el transcurso de éste trabajo.

Y a todas aquellas personas que se alegran por el triunfo obtenido, a ellos  
GRACIAS.

**CLAUDIA PATRICIA JUÁREZ MEMBREÑO.**

## DEDICATORIA

### A DIOS:

Porque me ha permitido estar con vida, y adquirir el conocimiento suficiente, para alcanzar mis anhelos en la forma deseada, por tanto doy gracias por haberme permitido tan importante logro en la vida.

### A MIS PADRES:

**Rafael Escobar Portillo y Candelaria Medrano**, quienes desde el principio no solo de mis estudios sino de mi vida, me han apoyado con el propósito que triunfe en todas las metas que me he propuesto, tal apoyo siempre ha sido incondicional y en forma constante; es por ello que dieron un resultado el cual es coronar en forma victoriosa mi carrera.

### A MIS HERMANOS:

**Abigail del Carmen Escobar Medrano y Dinora Griselda Escobar Medrano de Amador**, por su confianza en mí, su comprensión y apoyo moral quienes también comparten mi felicidad.

### A MI SOBRINO:

**Jasón Antonio Amador Escobar**, a quien espero servir de modelo a fin de que alcance una superación en su vida.

### A MI ABUELA, TIOS, TIAS Y PRIMOS:

Quienes me han brindado su apoyo en momentos que más los he necesitado especialmente a **María Luisa Escobar de Arévalo**, quien en paz descansa, y que a pesar de no estar con nosotros, siempre estará en mi mente y corazón.

### A MIS AMIGOS:

Por su confianza y apoyo moral, o de la indole que fuera dando un aporte para tan esmerado logro; especialmente a **Yesenia Marisol Granados Cabrera**, a quien aprecio,

quiero y estimo mucho, teniendo la certeza y convicción de que para ella mi logro es importante, y que además comparte de alguna forma el éxito alcanzado.

**A LOS ASESORES:**

Quienes a través de su comprensión en el desarrollo del trabajo han permitido que el conocimiento que hoy trasladamos no solo a la sociedad migueleña, sino de todo aquel a quien el presente trabajo le de aunque sea el mínimo aporte en el desempeño académico o laboral.

**AL LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA:**

Quien brindó su apoyo profesional en forma incondicional cuando más fue necesario.

En general a todas las personas que en forma directa o indirecta contribuyeron a coronar mi carrera, y a todo el que se alegra por mi triunfo alcanzado como lo es mi carrera. A ellos mil **GRACIAS**.

**WILFREDO ESCOBAR MEDRANO**

## ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I:

#### MARCO METODOLÓGICO

1.1-Planteamiento del problema .....	2
1.2-Justificación.....	4
1.3-Objetivos de investigación .....	5
1.3.1-Objetivos Generales .....	5
1.3.2-Objetivos Específicos.....	5
1.4-Definición del tipo de investigación .....	6
1.5-Definición de Hipótesis.....	6
1.5.1-Hipótesis .....	6
1.5.2-Operacionalización de Hipótesis.....	7
1.6-Delimitación temporal y espacial .....	8
1.6.1-Delimitación temporal.....	8
1.6.2-Delimitación espacial .....	9
1.7-Metodología.....	9
1.7.1-Universo y tamaño de la muestra.....	10
1.7.2-Unidades de análisis .....	11
1.7.3-Instrumentos para investigación de campo.....	11
1.8-Propuesta capitular.....	11

### CAPITULO II:

#### MARCO TEÓRICO

2.1-Teorías sobre los incidentes .....	15
2.2-Teoría administrativa y jurídica sobre eficacia .....	19

### CAPÍTULO III:

#### MARCO HISTÓRICO

3.1-El derecho Romano.....	23
3.1.1-Los incidentes en la legislación Romana.....	25



3.2-El proceso Germano.....	26
3.2.1-Los incidentes en el proceso Germano.....	27
3.3- Proceso común o Romano Canónico .....	28
3.3.1-Los incidentes en el proceso común.....	28
3.4- Legislación Española .....	28
3.4.1-Los incidentes en el derecho Indiano .....	29
3.4.2-Los incidentes en las siete partidas .....	29
3.4.3-Los incidentes en la novísima recopilación.....	30
3.4.4-Ley de enjuiciamiento civil .....	30
3.4.5-Código de procedimiento Civil Español .....	31
3.5-El proceso moderno .....	32
3.5.1-Los incidentes en el proceso moderno .....	32
3.6-Evolución del proceso civil salvadoreño .....	32
3.6.1-El proceso civil salvadoreño.....	33
3.7- Los incidentes en el proceso civil salvadoreño .....	34

#### CAPÍTULO IV:

#### **EL PROCESO DE FAMILIA**

4.1- Principios procesales.....	39
4.2- Iniciación del proceso .....	40
4.2.1-Admisión de la demanda .....	43
4.2.2-Modificación y ampliación de la demanda.....	43
4.3-Emplazamiento .....	43
4.4-Contestación de la demanda.....	44
4.5-Exámen previo .....	45
4.6-Audiencia preliminar .....	46
4.6.1-Fase conciliatoria .....	46
4.6.2-Fase saneadora del proceso.....	46
4.6.3-Fase de fijación de los hechos.....	47
4.6.4-Fallo en audiencia preliminar .....	47
4.7-Audiencia de sentencia.....	48
4.8-Ejecución de la sentencia .....	49

CAPÍTULO V:  
**LOS INCIDENTES EN PRIMERA INSTANCIA  
EN EL PROCESO DE FAMILIA**

5.1 Título I: GENERALIDADES DE LOS INCIDENTES .....	51
5.1.1-Significado etimológico.....	51
5.1.2-Definición conceptual doctrinaria .....	51
5.1.3-Definición jurídica .....	52
5.1.4-Definición de incidente, incidencia y juicio incidental .....	53
5.1.5-Elementos de los incidentes.....	54
5.1.6-Finalidad .....	56
5.1.7-Abuso de los incidentes .....	56
5.1.8-Clasificación de los incidentes.....	57
5.1.9-Características .....	61
5.1.10-Naturaleza jurídica .....	62
5.1.11-Efecto.....	62
5.1.12-Trámite .....	62
5.1.13-Rechazo in limine.....	63
5.1.14-Incidente dentro del trámite de los incidentes .....	66
5.2 Título II: INCIDENTES GENERALES U ORDINARIOS .....	67
5.2.1-Modificación y extinción de medida cautelar.....	68
5.2.2-Levantamiento de medida cautelar solicitado por tercero.....	72
5.2.3-Litisconsorcio e intervención de terceros .....	73
5.2.3.1 Litisconsorcio .....	73
a) Denominación.....	73
b) Clasificación.....	74
5.2.3.2 Intervención de terceros .....	75
a) Clasificación .....	75
i- Intervención adhesiva .....	75
ii- Intervención excluyente .....	76
5.2.4-Justo impedimento .....	79
5.2.4.1-Aplicación de justo impedimento en materia procesal de familia.....	79
5.2.4.2-Justo impedimento para cambio de testigo .....	83

5.2.4.3-Justo impedimento antes de audiencia.....	86
5.2.5-Oposición a la admisión y recepción de prueba .....	86
5.2.6-Oposición a la recepción de prueba anticipada .....	87
5.2.6.1-Comentario.....	88
5.2.7-Exclusión de bienes propios en inventario de los bienes de la comunidad diferida ..	88
5.2.8-Ejecución de suma ilíquida.....	89
5.2.9-Objeción de cuentas rendidas por tutor.....	89
5.2.10-Falsedad documental o falsedad civil .....	90
5.2.10.1-Falsedad material.....	90
5.2.10.2-Falsedad ideológica .....	90
5.2.10.3-Documentos que pueden declararse como falsos .....	91
5.2.10.4-Falsedad de oficio.....	96
5.2.10.5-Diferencia entre falsedad y verificación de documentos privado .....	97
5.2.11-Verificación de los instrumentos privados .....	97
5.2.11.1-Formas de reconocimiento de documento privado.....	98
a) Comentario .....	100
5.2.12-Nulidad procesal .....	100
5.2.12.1-Diferencia entre nulidad sustancial y procesal.....	100
5.2.12.2-Concepto de nulidad procesal .....	107
5.2.12.3-Definición de nulidad procesal.....	107
5.2.12.4-Clasificación de las nulidades .....	108
5.2.12.5-Diversos grados de nulidad .....	110
5.2.12.6-Principios que rigen las nulidades .....	111
5.2.12.7-Legitimación para reclamar la nulidad .....	113
5.2.12.8-Formas de alegar las nulidades.....	114
a) Por medio de incidente.....	116
5.2.12.9-Casos en que procede el incidente.....	118
5.2.12.10-Suspensión o no suspensión del proceso en casos del incidente de nulidad .....	119
5.2.12.11-Ejemplo de nulidad procesal .....	121
5.2.13-Sustanciación de los incidentes generales .....	128
5.2.13.1-Interposición.....	128

5.2.13.2-Forma de interposición .....	128
5.2.13.3-Trámite .....	129
a) Incidente antes de la audiencia .....	129
b) Incidente en audiencia.....	129
5.2.13.4-Resolución.....	130
5.2.13.5-Recursos .....	130
5.2.13.6-Efectos.....	130
5.3 Título III: INCIDENTES ESPECIALES .....	131
5.3.1-Excepciones dilatorias .....	132
5.3.1.1-Definición de excepciones .....	132
5.3.1.2-Clasificación .....	133
5.3.1.3-Excepción de incompetencia de jurisdicción.....	134
5.3.1.4-Excepción de litispendencia.....	136
a) Diferencia y semejanza entre litispendencia y cosa juzgada.....	137
b) Regla aplicable a la litispendencia .....	137
5.3.1.5-Excepción de ilegitimidad de persona en alguna de las partes .....	138
5.3.1.6-Excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda .....	140
5.3.1.7-Sustanciación de las excepciones.....	141
a) Interposición de las excepciones dilatorias .....	141
b) Trámite de las excepciones dilatorias .....	142
c) Momento en que deberán ser decididas y resolución .....	142
d) Recursos.....	143
e) Efectos de la resolución .....	143
5.3.2-La acumulación de procesos o de autos .....	144
5.3.2.1-Definición de acumulación de procesos .....	144
5.3.2.2-Sustanciación de la acumulación.....	145
a) Proposición.....	145
b) Requisitos indispensables para su procedencia .....	145
c) Trámite .....	145
d) Regla general de la acumulación.....	146
e) Resolución.....	147
f) Recursos.....	148

g) Efectos .....	148
5.3.2.3-Acumulación de procesos de oficio.....	148
a) Consideraciones sobre el trámite de la acumulación de oficio .....	150
5.3.3-Inhibitoria de jurisdicción .....	151
5.3.3.1-Sustanciación de la inhibitoria .....	153
a) Iniciación y trámite .....	153
b) Resoluciones .....	153
c) Recurso.....	154
d) Efectos .....	154
5.3.4-Conflicto de competencia.....	154
5.3.4.1-Clasificación doctrinaria del conflicto de competencia.....	155
5.3.4.2-Remisión del expediente ante quien debe dirimir el conflicto.....	155
5.3.4.3-Sustanciación del conflicto .....	156
a) Trámite y resolución .....	156
b) Recursos.....	156
c) Efectos.....	157
5.3.4.4-Ejemplo de conflicto de competencia.....	157
5.3.5-Recusación.....	158
5.3.5.1-Definición de recusación .....	159
5.3.5.2-Objeto .....	159
5.3.5.3-Causas de recusación.....	159
5.3.5.4-Sustanciación de recusación .....	163
a) Interposición.....	163
b) Momento procesal .....	164
c) Trámite .....	164
d) Resolución.....	165
e) Recursos .....	165
f) Efectos .....	166
g) Validez de lo actuado antes de la recusación .....	166
5.3.5.5-Recusación de secretario y especialistas.....	166
a) Trámite, resolución y efecto.....	166
5.3.6-Impedimento y excusa.....	167

5.3.6.1-Interposición, trámite y resolución del impedimento .....	168
a) Efecto .....	168
5.3.6.2-Excusa: interposición, trámite y resolución .....	170
5.3.7-Medidas cautelares.....	172
5.3.7.1-Concepto tradicional.....	173
5.3.7.2-Definición legal .....	173
5.3.7.3-Finalidad .....	174
5.3.7.4-Características .....	174
5.3.7.5-Presupuestos.....	175
a) Verosimilitud del derecho .....	175
b) Peligro en la demora .....	175
c) Prevención o cesación de daño personal.....	176
5.3.7.6-Clasificación de las medidas cautelares.....	176
5.3.7.7-Juez competente para conocer de la solicitud de medida cautelar .....	177
5.3.7.8-Sustanciación de las medidas cautelares.....	178
a) Formas de interposición .....	178
b) Trámite .....	178
c) Resolución .....	178
d) Recursos .....	179
f) Efectos .....	179
5.3.7.9-Anotación preventiva de la demanda .....	179
5.3.7.10-Secuestro y embargo de bienes .....	180
5.3.7.11-Medidas de protección .....	181
a) Trámite .....	182
5.3.8-Tercerías .....	182
5.3.8.1-Clases.....	183
5.3.8.2-Naturaleza de la tercería .....	184
5.3.8.3-La tercería en la Ley Procesal de Familia.....	184
5.3.8.4-Sustanciación de la tercería.....	186
a) Interposición.....	186
b) Forma de interposición .....	187
c) Trámite .....	187

i) En el caso de tercería de dominio .....	188
ii) En el caso de tercería de mejor derecho .....	188
d) Resolución.....	189
e) Recursos .....	190
f) Efectos .....	190
5.3.8.5-Consideraciones sobre el tema de la tercería para otras legislaciones .....	191
a) Comentario en relación a las diferentes regulaciones antes anotadas.....	193
5.4 Título IV: TRÁMITES ADMINISTRATIVOS Y CUESTIONES PRINCIPALES	
A LOS QUE SE LES SUELE CONSIDERAR COMO INCIDENTES.....	194
5.4.1-Consideraciones generales .....	194
5.4.2-Análisis sobre los trámites administrativos .....	196
5.4.3-Análisis sobre los recursos.....	197
5.4.4-Análisis sobre las excepciones perentorias y mixtas.....	198

## CAPÍTULO VI: ANÁLISIS DE RESULTADOS

6.1-Presentación de resultados .....	201
6.1.1-Cuadro de temporalidad de inicio y finalización de los incidentes en los procesos de familia, 2000-2001 .....	201
6.1.2-Cuadro de producción de incidentes por año.....	202
6.1.2.1-Incidentes procesales en el año 2000.....	202
6.1.2.2-Incidentes procesales en el año 2001 .....	204
a) Comparación de producción de incidentes cuadros 6.1.2.1 y 6.1.2.2.....	205
6.1.3-Cuadro de resultados de encuestas de eficacia de los incidentes .....	206
6.1.3.A-Factor conocimiento sobre incidentes .....	206
6.1.3.B-Factor responsabilidad en el trámite .....	207
6.1.3.C-Factor compromiso con la solución .....	208
6.1.3.D-Factor responsabilidad .....	209
6.1.3.E-Factor orientación a la tarea.....	210
6.1.4-Cuadro de resultados de encuesta sobre incidentes procesales.....	211
6.1.5-Cuadro de cierre de entrevista no estructurada .....	214
6.2-Análisis de resultados .....	216

6.2.1-Referencia problemática y cumplimiento.....	217
6.2.2-Demostración de hipótesis y verificación.....	219
6-2-3-Logro de objetivos.....	222
6.2.4-Síntesis capitular .....	224

**CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

7.1-Conclusiones .....	227
7.2-Recomendaciones .....	230
Bibliografía.....	233
Anexos.....	238

Anexo 1: Tiempo de duración de los incidentes en los Juzgados 1° y 2° de Familia  
de la Ciudad de San Miguel

Anexo 2: Encuesta sobre la eficacia de los incidentes procesales

Anexo 3: Encuesta sobre los incidentes procesales

Anexo 4: Entrevista sobre los incidentes procesales

Anexo 5: Entrevista al Magistrado Dr. José Arcadio Sánchez Valencia

Anexo 6: Resolución de Cámara de San Salvador sobre justo impedimento

Anexo 7: Escrito de proposición de incidente

Anexo 8: Esquema de proceso de familia



## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se desarrolla el estudio del tema “Los incidentes en el proceso de familia en los juzgados de familia del municipio de San Miguel 2000-2001”, el cual se desarrolla en siete capítulos, dividido en tres partes: La primera parte, esta conformada por el proyecto de investigación, el cual se compone por los capítulos, primero y segundo del trabajo.

Dentro del primer capítulo, denominado marco metodológico, se expone la forma en que se efectuaría la investigación, integrado inicialmente por el planteamiento del problema en el cual se expresó que el problema consiste en la aplicación incorrecta o indebida que se les da a los incidentes, falta de claridad con la que fueron redactados los artículos que se refieren a los incidentes; la justificación o importancia que tiene la realización del estudio del tema; los objetivos que se tratarían de alcanzar en los cuales se hace mención, que se trataría de establecer que tipo de incidentes pueden darse en el proceso de familia y establecer si la regulación de los incidentes necesita reforma, además, se establece, que el tipo de investigación a realizar es descriptivo y explicativo; contiene también las hipótesis como respuesta previa al problema planteado y su operacionalización, es decir la forma como se constatarían; también se señala dentro de la delimitación temporal y espacial, que el campo de estudio serían los juzgados de familia, de la ciudad de San Miguel, en el período del año 2000 hasta noviembre del 2001, además se señala la metodología, en el cual se indica el procedimiento a seguir para realizar la investigación; indicando también el universo y tamaño de la muestra en el que se enuncian las personas e instituciones que conformaron las unidades de análisis; y la propuesta capitular o capítulos que contendrían la investigación.

El segundo capítulo o marco teórico, en el cual se exponen diversas teorías sobre los incidentes procesales y teorías sobre eficacia, las cuales sirvieron para sustentar la investigación.

En la segunda parte del trabajo, comprendida por tres capítulos donde primeramente se hace una reseña histórica de los incidentes; en seguida una síntesis del desarrollo del proceso de familia y el estudio jurídico y doctrinario de los incidentes. El primero de ellos

(capítulo tres) dedicado a la historia. Se comienza con el derecho Romano, el cual ha servido de sustento para la mayoría de legislaciones, luego se reseña el derecho Germano, hasta llegar al derecho del país. En el capítulo cuarto dedicado al proceso de familia se expresa en forma breve el trámite del proceso de familia desde su iniciación, las etapas procesales, hasta llegar a la ejecución de la sentencia; el quinto capítulo que es donde se centra principalmente el estudio de los incidentes este se sustenta por la doctrina, la ley y la investigación de campo. Dicho capítulo se divide en cuatro títulos. El primero dedicado a enunciar las generalidades de los incidentes, como son su conceptualización, clasificación, elementos, finalidad y naturaleza jurídica; el segundo trata sobre los incidentes ordinarios y el trámite aplicable a estos; el tercero sobre los incidentes especiales y el trámite que se aplica a cada uno de ellos; y el cuarto destinado a analizar en forma breve, sobre ciertas instituciones que para algunos, son consideradas como incidentes, pero que bajo la óptica de la investigación no forman parte de ellos.

La tercera parte en donde se realiza la constatación del fenómeno investigado mediante los datos obtenidos a través de los instrumentos empleados en la misma y las apreciaciones y recomendaciones que se realizan partiendo del análisis jurídico y de campo realizado; esta parte se encuentra conformada por dos capítulos; el primero o capítulo seis se subdivide en dos partes, primero la presentación de resultados, en donde se encuentran tabulados y graficados los datos obtenidos, para efecto de dejar constancia del trabajo realizado y hacer más fácil la interpretación de los mismos, y la segunda parte en donde se hace el análisis exponiendo o constatando primeramente la existencia de la problemática planteada, seguidamente se analiza si las respuestas propuestas para la solución del problema, son aceptadas o rechazadas, y la verificación es decir si se lograron alcanzar los objetivos propuestos en la investigación.

Posteriormente se presenta el capítulo siete, que contiene las “conclusiones y recomendaciones”, es decir las opiniones y sugerencias a las que se ha llegado después de haber realizado la investigación sobre el tema.

Finalmente se presentan la bibliografía y anexos correspondientes.

**CAPITULO I**  
**MARCO METODOLOGICO**

**CAPÍTULO I**  
**MARCO METODOLÓGICO**

**1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Desde que los seres humanos conviven en grupos sociales se ha visto la necesidad de regular la convivencia de los mismos a través de normas rectoras de la conducta, basadas en principios que señalan lo que es justo o injusto, es decir que determina cuales son los derechos y obligaciones de las personas, permitiendo de esa forma la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, por tal razón en cada Estado ó sociedad se crea un marco, el cual está compuesto por un grupo de normas jurídicas que rigen dentro del territorio del país para el cual se crearon, y la conducta de los sometidos a ella. En el ejercicio de los derechos contemplados en la ley, en ocasiones surgen controversias y para dirimir esos conflictos se crea el derecho procesal por virtud del cual se dirimen los conflictos de carácter jurídico, el derecho procesal, señala una serie de etapas que deben seguirse para hacer efectiva la ley, a lo que se conoce como proceso, y en el desarrollo de esas etapas en ocasiones se presentan circunstancias o cuestiones accesorias conocidas como Incidentes Procesales.

En El Salvador los Incidentes Procesales se regulan a partir de la creación del Código de Procedimientos Civiles y Criminales en 1857, el cual tiene una serie de reformas hasta llegar a 1879, año en el que se promulga el código procesal civil el cual entró en vigencia en 1882. Es de mencionar que los códigos Civil y Procesal Civil han sido los que con anterioridad han regulado lo referente a la materia de familia. Al transcurrir el tiempo la normativa jurídica se volvió caduca, al no estar en consonancia con el avance de los conceptos modernos relacionados al derecho de familia, y por ello es que a partir del 1º de octubre de 1994, entra en vigencia el nuevo Código de Familia, y para dar efectividad a la misma se crea la Ley Procesal de Familia que entró en vigencia en la misma fecha. En esta ley se establece un apartado dedicado a regular en lo referente a los Incidentes Procesales.

Con la entrada en vigencia de la ley procesal de familia surgen ciertos problemas, por tratarse de una nueva ley en la que aún no se ha logrado terminar de unificar los criterios en

cuanto a la modalidad de su aplicación y la forma de cómo debe interpretarse la norma preestablecida y por tanto se da una aplicación indebida o incorrecta y en especial en lo que a trámite de incidentes se refiere, como producto de varias circunstancias entre las cuales se pueden señalar las siguientes: La de ser la ley procesal de familia nueva para el país; la falta de claridad con la que fueron redactados los artículos que se refieren a los incidentes, pues los legisladores al momento de crear las normas no previeron que ciertas regulaciones establecidas en la forma como se hizo lejos de ayudar a solventar problemas los agrava o complica, como ejemplo de ello se puede citar el incidente de acumulación de procesos cuando procede de oficio al cual no se le señaló trámite para su aplicación, además se puede apreciar en la forma inadecuada de cómo se reguló, ya que se dejó fuera de lugar ciertos incidentes porque se contemplaron en la regla general en la que no suspenden el proceso cuando deberían suspenderlo, como es el caso del incidente de nulidad procesal; tampoco los legisladores fueron precisos al elaborar los artículos que tratan sobre los incidentes, porque también se puede ver que sólo se habla de ellos en una forma genérica, sin especificar cuales pueden darse en el proceso de familia.

Así mismo puede decirse que como producto de la falta de unificación de criterios por parte de los jueces, en cuanto al trámite de los problemas procesales denominados incidentes, cada cual los resuelve de manera diferente. Esto se agrava aun más debido al mal uso de los mecanismos procesales de defensa o de saneamiento del proceso por parte de los litigantes, de todo lo antes relatado se puede decir que se ha identificado como problema la mala aplicación que se les da a lo incidentes procesales, puesto que siendo estos mismos incidentes mecanismos de defensa o de saneamiento en los procesos que se tramitan a efecto de hacer valer el derecho en todo sistema jurídico, su aplicación inadecuada tiene un impacto dentro de la sociedad ya que al ser afectados los procesos por mecanismos inapropiados o empleados en forma incorrecta por parte de las personas que intervienen en una litis entablada trae aparejado como consecuencia injusticia e inestabilidad jurídica para las partes intervinientes.

En consecuencia se puede decir que el problema citado trata en sí sobre la falta de unificación de criterios por parte de los juzgadores en lo relativo a los incidentes procesales, que son los encargados de aplicar la ley procesal y de impartir justicia en los

juzgados de familia del municipio de San Miguel, así como también trata sobre el mal uso que hacen los abogados que intervienen en los juicios, de los distintos medios que se les han instituido por la ley para efecto de poder sanear el proceso y que puedan los sujetos procesales hacer uso de los mismos para defenderse o depurar el proceso, cuando en un determinado momento se presenta una situación que esté fuera del marco legal o que aun estando dentro de él se le este dando una aplicación errónea.

En ese sentido para poder dar una solución al problema se deben revisar los expedientes de los procesos que son en donde se ve reflejada la realidad del trámite procesal así como el trámite de los incidentes procesales tomando como referencia a partir de 2000 hasta el 2001; revisar textos que desarrollan diferentes planteamientos teóricos en los que se detalla como se tramitan los incidentes en la opinión de los autores; revistas en las que los juristas nacionales tratan en forma específica temas de mucha importancia y que pueden en un determinado momento haber tocado aunque en forma breve el tema de los incidentes; consultar a abogados, procuradores, Magistrados y Jueces que están involucrados en los trámites de procesos civiles y especialmente de familia. Todo con el objeto de estandarizar criterios en cuanto a la forma de tramitar los incidentes en los procesos de familia.

## **1.2 JUSTIFICACIÓN**

La necesidad de hacer una investigación con relación a los incidentes en los procesos de familia se debe a que servirá para establecer cuales son los criterios mas adecuados sobre el trámite de estos, ya que mediante el estudio se pueden analizar los diversos criterios existentes por parte de los tratadistas del derecho y los jueces de familia encargados de impartir justicia, en cuanto a la forma cómo resolverlos, facilitando con ello la posibilidad de lograr unificar criterios por parte de los jueces o señalar las reformas que son necesarias para su adecuado funcionamiento.

Es decir que el estudio permitirá hacer las recomendaciones que se estimen acertadas en cuanto al mejor trámite y las reformas necesarias para que sean resueltos en una forma adecuadas y precisa para efecto de garantizar la justicia, además dará la posibilidad que por medio de la investigación realizada se puedan establecer criterios uniformes por parte de los jueces, ayudando con todo esto a que las partes que intervienen en los procesos vean en

forma clara la protección de sus derechos en la secuencia del proceso puesto que cuando se da un mal trámite a los incidentes, los procesos se ven afectados en razón de que ellos tienen una relación con lo que se pretende hacer valer dentro del proceso.

En ese orden de ideas se puede decir que el trámite de los procesos en una forma apropiada es de interés social, y en ese sentido ya que los incidentes afectan el proceso, el estudio de los incidentes en los procesos de familia beneficiará a la sociedad y principalmente al grupo social radicado en San Miguel, porque a través del mencionado estudio se dará un aporte tendiente a mejorar su trámite en los procesos, ayudando con esto a tener una mejor administración de justicia y como consecuencia obtener la satisfacción de justicia social que para toda sociedad es de gran importancia porque permite una estabilidad jurídica.

Además dicho estudio permitirá señalar cual es el mejor criterio del que pueden hacer uso las partes que intervienen en el proceso y los jueces a la hora de presentarse un incidente, beneficiando a los litigantes y a los jueces en el sentido de que se dará mas agilidad y mejor protección de los derechos en el proceso; así como también permitirá que los estudiantes de ciencias jurídicas tengan una mejor comprensión sobre que son y cual es la forma adecuada de hacer uso de los mismos y su resolución en el trámite procesal.

### **1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1 Objetivos Generales**

- Identificar cuales incidentes tienen aplicación en el proceso de familia y cual es su trámite en la ley procesal de familia.
- Establecer la frecuencia de producción de incidentes en los procesos de familia.
- Establecer si la forma en que están regulados los incidentes en el proceso de familia necesita reformas.

#### **1.3.2 Objetivos Específicos**

- Identificar si el trámite de los incidentes es aplicado como lo establece la ley.

- Determinar que trámite debe darse a los incidentes que no tienen trámite señalado por la ley procesal de familia.
- Establecer si existen otros incidentes que deberían suspender el proceso además de los ya señalados por la ley.
- Identificar que artículos de los que tratan sobre los incidentes necesitan reformas.

## **1.4 DEFINICIÓN DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN**

El tipo de investigación a realizar en torno a los incidentes en los procesos de familia es de carácter descriptivo y explicativo.

Es de carácter descriptivo en virtud que se pretende establecer que son los incidentes y que tipo de incidentes pueden darse en materia de procedimientos de familia, describir cual es su trámite y la forma como se resuelven.

Se dice que es explicativa porque también se tratará de dar una explicación de cómo operan, cual es su importancia dentro del proceso, establecer cual es el mejor criterio o cual es más apropiado para aplicarlo y resolverlos, establecer cuales son sus defectos y además se tratará de dar recomendaciones orientadas a señalar cual es la forma más adecuada de regular los incidentes, es decir se puntualizará cuales son las reformas más importantes que deben hacerse para que tengan una buena aplicación.

## **1.5 DEFINICIÓN DE HIPÓTESIS**

### **1.5.1 Hipótesis**

- H1 A mayor conocimiento sobre los incidentes mayor eficacia en su trámite.
- H2 A mejor regulación de los incidentes mejor aplicación de ellos.
- H3 La suspensión del proceso en el trámite de ciertos incidentes permite una mayor economía procesal.



## 1.5.2 Operacionalización de Hipótesis

H1

	<b>V1 Conocimiento de incidentes</b>	<b>V2 Eficacia del trámite:</b>
Definición conceptual	Llegar a entender cuales son las cuestiones accesorias que sobrevienen durante el curso de los procesos.	Hacer las cosas correctas en cuanto a la serie de diligencias, formalidades o requisitos determinados y resolución de un asunto administrativo de una causa judicial de acuerdo con la ley o la práctica.
Definición operacional	Encuesta y entrevista a abogados, procuradores, secretario de cámara y jueces de familia.	Estudio de los expedientes de los procesos de familia; además se constatará por medio de la implementación de la encuesta aplicando el método de la escala gráfica de calificación dirigida a abogados particulares, procuradores de familia, secretarios y colaboradores judiciales de los juzgados de familia.

H2

	<b>V1 Regulación de incidentes:</b>	<b>V2 Aplicación:</b>
Definición conceptual	Ordenamiento o regulación de las cuestiones accesorias que sobrevienen durante el curso del proceso	Empleo, ejercicio; destino, fin; ejecución de una ley.
Definición operacional	Análisis de la ley procesal de familia.	Estudio de expedientes de los procesos de familia y análisis de la Ley Procesal de Familia.

### H3

	V1 <b>Suspensión del proceso:</b>	V2 <b>Economía procesal:</b>
Definición conceptual.	Interrupción temporal del proceso	Principio rector del proceso judicial que tiende a lograr el ahorro de gastos monetarios y tiempo en la administración de justicia.
Definición operacional.	Estudio de procesos de familia, análisis de la Ley Procesal de Familia, encuesta y entrevista a abogados procuradores, secretario de cámara y jueces de familia.	Estudio de procesos de familia, análisis de la Ley Procesal de Familia, encuesta y entrevista a abogados procuradores y jueces de familia.

## **1.6 DELIMITACIÓN TEMPORAL Y ESPACIAL.**

### **1.6.1 Delimitación Temporal**

Con respecto al período elegido para la realización de la investigación se considera conveniente establecer un período el cual comprenderá desde el mes de enero del año 2000 hasta el mes de noviembre del año 2001, se escogió este período porque de él se puede obtener información para el estudio de los problemas actuales que presentan los incidentes procesales en su trámite, ya que es un lapso de tiempo que se considera apropiado para la obtención de datos para la investigación. Además en razón de que en el período elegido ya la Ley Procesal de Familia a pasado por el período de adaptación de la misma; porque es de recordar que a partir del 1° de octubre de 1994, fecha en que entró en vigencia la ley procesal de familia, la cual en el transcurso del desarrollo de su aplicación en la sociedad, tiende a presentar los problemas comprendidos en su regulación especialmente en lo que respecta a los incidentes, de esta manera se considera que en el período de tiempo antes mencionado, la Ley Procesal de Familia ya ha demostrado las dificultades que presentan en su trámite los incidentes.

### **1.6.2 Delimitación Espacial**

En cuanto al lugar en donde se desarrollará la investigación se han tomado los juzgados de familia del municipio de San Miguel. Se ha elegido el municipio antes mencionado, porque es el municipio de la zona oriental en donde se concentra una mayor actividad procesal en materia de familia, y por consiguiente amerita una investigación especial; otra razón es la facilidad con la que se puede obtener información de manera ágil e inmediata para el desarrollo de la investigación.

Ya que estas instituciones de administración de justicia cuentan con bastante afluencia de la sociedad migueleña, desarrollándose en ellos la actividad procesal y generándose dentro de ésta los incidentes procesales. Por tanto en razón de que existen problemas en el trámite de los incidentes, de ello se desprende la necesidad de realizar el estudio en el lugar antes referido.

### **1.7 METODOLOGÍA.**

La investigación a realizar tiene como objeto el estudio de los incidentes procesales en el proceso de familia, y la problemática que estos presentan en su tramitación. Dicha investigación se desarrollará en cuatro etapas en forma sistemática. Siendo la primera etapa la de: Recolección de información, que se desarrollará sistemáticamente. En esta fase inicial primeramente se identificará y clasificará la información bibliográfica que servirá para la investigación; en la recolección de información de carácter bibliográfico se hará uso de fuentes primarias y secundarias. Además se entrará en contacto con los sujetos que se encuentran vinculados con la investigación a realizar, dentro de ellos están los magistrados de cámara, los jueces de los juzgados de familia, colaboradores judiciales y secretarios de los juzgados, procuradores adscritos a los juzgados, los procuradores de la unidad de familia de la Procuraduría General de la República de San Miguel, los abogados particulares; para esta etapa se llevará a cabo entrevistas preliminares en las que se hará saber el objeto de la investigación, y el aporte que se proporcionará a la vez se explicará la forma en que se requerirá su colaboración para el desarrollo de la misma.

En la segunda etapa se recopilará la información de campo que se empleará en el desarrollo de la investigación; la cual se obtendrá a través de medios como son, encuestas y entrevistas a magistrados de cámara de la familia, jueces familia, colaboradores judiciales y secretarios de los juzgados de familia, abogados y procuradores; revisión de expedientes de los procesos de los juzgados de familia, para efecto de indagar sobre el trámite que se les da a los incidentes.

Tercera etapa: Esta etapa consistirá en el procesamiento de la información obtenida a través de entrevistas, encuestas y demás medios requeridos para la obtención de información de campo. Para ello se hará uso de la tabulación de datos, recopilados por medio de las encuestas; también se hará una revisión minuciosa de las opiniones adquiridas en las entrevistas y diversas teorías que hacen referencia al tema.

Cuarta etapa: Esta última etapa comprenderá el análisis de toda la información de campo y bibliográfica. También consistirá en la elaboración sistemática de los capítulos orientados a tratar de formar específicamente el tema de los incidentes, haciendo uso de la información obtenida en las etapas anteriores.

### **1.7.1 Universo y tamaño de la muestra**

En lo que respecta al universo de la investigación éste está comprendido por las siguientes instituciones; las cámaras de familia, los juzgados de familia, la unidad de familia de la Procuraduría General de la Republica y el gremio de abogados; los sujetos que son considerados como el universo de la investigación son los siguientes:

Magistrados de la cámara de familia .....	2
Secretario de la cámara de familia .....	1
Jueces de los juzgados de familia .....	2
Secretarios de los juzgados de familia .....	2
Colaboradores judiciales de los juzgados de familia .....	8
Procuradores adscritos a los juzgados de familia .....	2
Procuradores de unidad de familia de la	
Procuraduría General de la República de San Miguel .....	2
Profesionales del gremio de abogados .....	8

---

27 Total que se cuantifica como universo de la investigación.

En cuanto al tamaño de la muestra se puede decir que en función de que el universo de la investigación es pequeño y por ello se considera conveniente para la misma tomar el 100%.

### **1.7.2 Unidades de Análisis**

En referencia a las unidades de análisis estas serán los magistrados de la cámara de familia, los jueces de los juzgados de familia, colaboradores judiciales y secretarios de los juzgados de familia, los procuradores de familia y abogados que tengan mayor experiencia en materia de familia.

### **1.7.3 Instrumentos para Investigación de Campo**

Como instrumentos para la investigación de campo a realizar se considera pertinente el uso de encuestas y entrevistas dirigidas a personas con experiencia en el área de familia.

<b>Nombre del instrumento</b>	<b>Nivel operativo</b>	<b>Objetivo</b>
Guía de encuesta sobre incidentes procesales.	Abogados, procuradores de familia, colaboradores y secretarios de los Juzgados de familia.	Obtener la opinión en relación a los incidentes.
Guía de entrevista sobre los incidentes procesales.	Magistrados de la cámara de familia, jueces de los juzgados de familia, procuradores de familia y abogados particulares.	Obtener la opinión en cuanto al tema de los incidentes y su trámite.
Guía de encuesta de evaluación sobre la eficacia de los incidentes procesales	Abogados, procuradores de familia, colaboradores y secretarios de los Juzgados de familia.	Conocer la eficacia que tiene la tramitación de incidentes en el proceso de familia.

## **1.8 PROPUESTA CAPITULAR**

### **CAPITULO UNO: MARCO METODOLÓGICO**

Dentro de este capítulo se desarrollará todo el proceso metodológico que determinará el trabajo de investigación, así como la estrategia por medio de la cual se estudiarán los incidentes.

## **CAPITULO DOS: MARCO TEÓRICO**

En este capítulo se desarrollarán las teorías que tienen relación con el problema a investigar, y que servirá de respaldo en la verificación práctica de la investigación.

## **CAPITULO TRES: MARCO DE REFERENCIA O MARCO HISTÓRICO**

En este capítulo se hará una descripción de la evolución histórica del proceso tratando de centrarlo principalmente en el surgimiento y evolución de los incidentes como cuestiones accesorias de los procesos.

## **CAPITULO CUATRO: EL PROCESO DE FAMILIA EN PRIMERA INSTANCIA**

En el desarrollo de este capítulo se expondrá en forma breve las diferentes etapas del proceso de familia es decir se describirá el trámite del proceso.

## **CAPITULO CINCO: LOS INCIDENTES EN PRIMERA INSTANCIA EN EL PROCESO DE FAMILIA**

En este capítulo se analizará, que tipo de incidentes se dan en los procesos de familia, cuál es el trámite adecuado que debe darse a cada uno de ellos, o en caso de no tener señalado trámite analizar cual puede aplicarse, cuál es el momento procesal para interponerlos, ante quien y como se interponen, como se resuelven.

Además se dará especial atención a analizar si existen otros incidentes además de los señalados por la ley que debe suspenderse el proceso.

## **CAPITULO SEIS: ANÁLISIS DE RESULTADOS**

En éste se expondrá en forma esquemática y ordenada los resultados obtenidos a través de la investigación de campo que se realizará por medio de entrevistas, encuestas y revisión de los expedientes de los procesos de familia. Aquí quedará plasmada la aplicación práctica de la investigación de campo dejando como evidencia de dicho análisis de resultados, la elaboración de tablas de datos obtenidos, gráficos que representen los resultados y comentarios de las opiniones recopiladas durante el lapso de la investigación. Con ello se facilitará la elaboración de las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo.

## **CAPITULO SIETE: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:**

En este apartado se expondrán las conclusiones y recomendaciones, a las que se ha llegado a través de la investigación realizada.

Además se expondrá si deben o no hacer reformas a los artículos que regulan los incidentes; también se sugerirá de ser posible, cuales son las reformas que deben hacerse de considerar necesarias con relación a los incidentes.

**CAPITULO II**  
**MARCO TEORICO**



## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

El desarrollo del presente trabajo se sustentará en la orientación de carácter ideológico del Materialismo Histórico o Teoría del Conflicto; el objeto de estudio son los incidentes en los procesos de familia los cuales están contemplados en un apartado especial para su regulación dentro de la ley procesal de familia. El estudio se sustentará bajo un enfoque plenamente jurídico, se tratará de dar especial atención a la regulación de los incidentes y al trámite que la ley señala, de hacer un análisis con relación a las opiniones de los juristas, para ello se hará uso de las diversas teorías dentro de las cuales están.

#### **2.1 TEORIAS SOBRE LOS INCIDENTES**

Según el diccionario enciclopédico Omeba, los incidentes pueden definirse como “todos los acontecimientos, todas las cuestiones que se susciten durante la tramitación de un pleito, que tienen una conexión directa o indirecta con el proceso o acto procesal cumplido y que la ley tiene como incidente, que derive o tenga origen en el negocio original”.

Continúa diciendo el diccionario que con respecto a los incidentes existen dos posiciones por parte de los autores.

- 1- La primera sostiene que no deben admitirse los incidentes en los procesos porque entorpecen o demoran la verdadera justicia; y en consecuencia deben eliminarse o suprimirse de las leyes procesales.
- 2- La segunda sostiene que los incidentes en los procesos son necesarios y por su evidente necesidad es menester incorporarlos y regularlos reglamentariamente y como consecuencia de ello se encuentran debidamente admitidos y consagrados en las leyes procesales.”<sup>1</sup>

La posición que es de interés para el estudio de los incidentes es la segunda porque se ha

---

<sup>1</sup> Osorio, Manuel. Enciclopedia jurídica Omeba, Pág. 370

señalado como una de las finalidades determinar la aplicación más adecuada de los incidentes.

LINO ENRIQUE PALACIO, al referirse a los incidentes dice “que se denomina incidentes procesales a todas las cuestiones contenciosas que puedan suscitarse durante el desarrollo del proceso y que guardan algún grado de conexión con cualquiera de los elementos que lo integran, es decir los sujetos, el objeto o con las dimensiones de lugar, tiempo y forma en que se escinde la actividad procesal.

Los incidentes según Palacio pueden versar sobre cuestiones eminentemente procesales, ejemplo: Nulidad de actuaciones, recusación; también reclamación de exclusión de bienes, y constituyen instancia accesoria con respecto a la principal. En esta última se funda la competencia del juez que ha de conocer de ello.

También manifiesta este autor que los incidentes pueden clasificarse de acuerdo a criterios, un primer criterio es el que los clasifica en autónomos y genéricos.

- 1- Dentro de la primera categoría, y al margen de su designación legal corresponde incluir a todas aquellas cuestiones que implican actividad Procesal anormal, han sido objeto de una específica regulación normativa en cuanto al modo en que deberán tramitarse.
- 2- Son incidentes genéricos, en cambio aquellos que se encuentran sujetos a un mismo trámite que la ley establece con prescindencia de la materia que constituye su objeto; aún importa destacar que las normas que los disciplinan son supletoriamente aplicables a los incidentes autónomos.

De lo antes planteado se puede decir que deberá entenderse que son incidentes autónomos aquellos a los que la ley les señala un trámite especial para su evacuación y a contrario sensu deberá entenderse que son genéricos todos aquellos para los que la ley señala un trámite común.

Otra clasificación según Palacio es desde el punto de vista de sus efectos sobre el proceso principal pueden ser suspensivos y no suspensivos.

El principio general es que los incidentes no suspendan la prosecución del proceso principal, al menos que la ley disponga lo contrario o que así lo resolviera el juez cuando lo considere indispensable por la naturaleza de la cuestión planteada.

Las excepciones legales son sin embargo escasas en la normativa con respecto a los incidentes autónomos como lo es la acumulación de procesos; con relación a los genéricos pueden suscitarse la integración de litis y la citación obligatoria de terceros. Pese a ello, y sin perjuicio de reconocer el razonable sentido del orden que informa la no suspensión del proceso, existen sin duda excepciones implícitas que, como tales, no requieren el pronunciamiento de una resolución que disponga expresamente la suspensión del proceso principal. Tal resolución resulta innecesaria en el supuesto de cuestionarse la invalidez de la notificación de la demanda o de imprimirse el recurso de reposición del trámite incidental; pues resulta evidente que, sin previa solución de esa cuestión, es imposible la prosecución procesal.

En la última parte en la que el autor señala como necesaria la suspensión del proceso cuando se produce la invalidez (nulidad) de la notificación de la demanda, debe considerarse su importancia para el estudio a realizar en razón de que uno de los problemas que se han identificado en el trámite de los incidentes en los procesos de familia consiste en que se ha ubicado el incidente de nulidad que debe suspender el proceso en las normas en las que se contempla la regla general en la cual no suspende el proceso y esto se puede apreciar en los artículos 57 y 58 de la ley procesal de familia.<sup>2</sup>

Por otra parte expresa Palacio que existen incidentes que si bien no revisten el carácter de suspensivo del proceso principal, debiéndose tramitar por expediente separado, suspenden en cambio el pronunciamiento de la sentencia definitiva, porque deben resolverse conjuntamente con la misma.

---

<sup>2</sup> Ley Procesal de Familia. Pág. 16.

Además dice que la interposición de incidentes debe cumplir con ciertos requisitos que tendrán relación con los sujetos, el órgano judicial y la conexión existente con el proceso principal.”<sup>3</sup>

HUGO ALSINA, al referirse a los incidentes procesales dice que se le “llama incidentes o artículos todo acontecimiento que sobreviene accesoriamente durante el curso de la instancia tanto en juicios ordinarios como especiales.

Así la interposición de un recurso, el de nulidad de una diligencia procesal, el embargo preventivo, etc. Constituyen incidentes del proceso principal.

Pero para que sean calificados como tales, deben tener relación, más o menos inmediata, con el objeto principal del pleito en que se promueven.

Así mismo Alsina sostiene que los incidentes tienen una división que consiste en.

- a) Algunos incidentes que impiden la prosecución del procedimiento, porque requieren de una resolución previa.
- b) Otros en cambio, pueden sustanciarse sin suspender el trámite en el principal.”<sup>4</sup>

Según BENIGNO HUMBERTO CABRERA ACOSTA, al hablar de los incidentes dice “que al lado de la cuestión principal, se pueden presentar en el curso del proceso, cuestiones accesorias o secundarias que genéricamente se denominan incidentes y que requieren decisión previa y especial.

Incidente significa toda cuestión o contención accesorias que sobreviene, o se forma durante el curso del proceso o acción principal; su nota característica esta vinculada con el proceso en que surge.

La palabra viene de la latina “incidere”, que significa interrumpir, surgir en medio, aparecer de pronto.

---

<sup>3</sup> Palacio Lino Enrique. Derecho procesal civil, tomo IV, Pág.264.

<sup>4</sup> Alsina Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Pág.509.

Se tramitan como incidente las cuestiones accesorias que la ley expresamente señale; las demás de plano, y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos”.<sup>5</sup>

También para el desarrollo del estudio de los incidentes se hará uso de lo que establece la ley procesal de familia en el apartado destinado a regular el trámite de incidentes el cual esta comprendido en el artículo 57 hasta el 77, y demás artículos dispersos dentro de la misma ley, pues esta determinará el camino que se seguirá con respecto a su estudio.<sup>6</sup>

Todas las teorías antes expuestas de los diferentes autores servirán cómo base para sustentar el análisis legal de los incidentes procesales establecidos en la ley procesal de familia.

Además, como en las hipótesis se hace mención que una de las finalidades de la investigación, es establecer la eficacia del trámite incidental al contar con un mayor conocimiento sobre éstos. A continuación se vierten teorías administrativas que definen que debe entenderse por eficacia.

## **2.2 TEORIAS ADMINISTRATIVA Y JURÍDICA SOBRE EFICACIA.**

Según JAMES A. F. STONER, al referirse a la eficacia dice “que es la capacidad de escoger los objetivos apropiados. El administrador eficaz es aquel que selecciona las cosas correctas para realizarlas. Un administrador que selecciona un objetivo inapropiado será ineficaz. Ese administrador será ineficaz aun cuando produzca con máxima eficiencia. La falta de eficacia no puede ser compensada con la eficiencia por grande que sea esta. De hecho la eficacia es la clave del éxito”.<sup>7</sup>

IDALBERTO CHIAVENATO, dice que “toda organización debe considerar la eficiencia y la eficacia de manera simultánea. La eficacia es una medida normativa para alcanzar resultados; la eficiencia es una medida normativa para la utilización de recursos en el

---

<sup>5</sup> Cabrera Acosta, Benigno Humberto. Teoría general del proceso y de la prueba, Pág. 317

<sup>6</sup> Ley Procesal de Familia. Págs. 16-22

<sup>7</sup> Stoner James A. F. Administración, Pág. 6.

proceso. En términos económicos, la eficacia de una organización se refiere a la capacidad de satisfacer una necesidad social mediante el suministro de productos (bienes y servicios), en tanto que la eficiencia es una relación técnica entre las entradas y salidas.

La eficiencia no se preocupa por los fines sino por los medios. El logro de los objetivos no es competencia de la eficiencia, sino de la eficacia.

En la medida que el administrador se preocupa por hacer correctamente las cosas, marcha hacia la eficiencia (utilización adecuada de los recursos disponibles). Sin embargo, cuando utiliza instrumentos para evaluar el logro de los resultados, para verificar que las cosas bien hechas son las que en realidad debían hacerse, entonces marcha hacia la eficacia (logro de los objetivos mediante los recursos disponibles).

Pero la eficiencia y la eficacia no siempre van de la mano, una organización puede ser eficiente en sus operaciones pero no eficaz, o viceversa, puede ser ineficiente en sus operaciones y sin embargo ser eficaz, aun que sería mucho más ventajoso si la eficacia fuera acompañada de la eficiencia”.<sup>8</sup>

STEPHEN P. ROBBINS, al referirse al tema de la eficacia manifiesta que “la eficacia es el logro de las metas de la productividad; implica una preocupación, tanto por la eficacia como por la eficiencia.

Por ejemplo un hospital es eficaz cuando satisface con éxito las necesidades de su clientela.

La eficacia puede evaluarse por grupos, en forma individual o en organizaciones, para lo cual existen criterios de evaluación entre los cuales se pueden mencionar los siguientes, número de ideas, calidad de las ideas, presión social, costo en dinero, velocidad, orientación a la tarea, potencial para el conflicto interpersonal, sentimiento de realización, compromiso con la solución, desarrollo de cohesión de grupo.”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Chiavenato Adalberto. Administración de recursos humanos, Págs. 28 y 29.

<sup>9</sup> Robbins Stephens. Comportamiento organizacional teoría y práctica, Págs. 26 y 326.

Para el diccionario enciclopédico Omeba, este al referirse a la eficacia dice que para definir a esta hay que hacer una comparación entre eficiencia y eficacia porque es la sociología del principio de causalidad natural. Esto facilita la comprensión del concepto de eficacia, y lo propone la sociedad francesa de filosofía, que llama eficaz, a la causa que produce su efecto sin perder ni ganar nada de sí misma; eficiente, a la causa que produce su efecto transformándose en el total o parcialmente. En ese sentido el orden jurídico es eficaz y no es eficiente, ya que como causa que produce permanentemente su efecto propio (motivación de una conducta en determinado sentido).<sup>10</sup>

El definir en que consiste la eficacia y los criterios para su evaluación servirá para poder medir y comprender como los incidentes procesales pueden producir los efectos que la ley pretende o desea que ocurran por el uso de los mismos; se considera como apropiados para la finalidad en mención el uso de los criterios de, calidad de las ideas, este criterio puede emplearse para analizar las ideas que se utilizan cuando se fundamenta la interposición de un incidente, velocidad criterio que puede emplearse en la medición de la velocidad del trámite de los incidentes, orientación a la tarea este criterio puede emplearse para el análisis en cuanto al uso apropiado que hacen los litigantes de los incidentes, compromiso con la solución criterio que puede ocuparse para el análisis de las resoluciones dictadas por el Juez, conocimiento del trabajo y responsabilidad.

Todas las teorías anteriormente relacionadas servirán de sustento para el desarrollo de la investigación que se realizará en cuanto a los incidentes procesales.

---

<sup>10</sup> Osorio Manuel. Enciclopedia jurídica Omeba, Pág. 721.

**CAPITULO III**  
**MARCO DE REFERENCIA O**  
**MARCO HISTORICO**



### CAPÍTULO III

#### MARCO DE REFERENCIA O MARCO HISTÓRICO

Es difícil establecer la historia sobre los incidentes procesales y su evolución dentro de los procesos judiciales, del derecho de los diferentes países, en razón de que no existe mucha documentación que sustente la investigación con relación al tema, sin embargo se tratará de hacer una breve reseña al respecto.

#### 3.1 EL DERECHO ROMANO

Los estudios más recientes del proceso romano señalan que en la génesis del proceso romano existieron dos épocas:

La primera que abarca desde los orígenes hasta los tiempos de Diocleciano (siglo III d.J.C), denominada el Ordo Iudiciarum Privatorum. La segunda que llega hasta el término de la evolución legislativa, conocida como la Extraordinaria Cognitio.

Dentro de la primera época pueden establecerse a su vez dos períodos: El primero cuyo término se señala hacia el siglo II A.C., esta caracterizado por el régimen Legis Actiones. El segundo Per Formulam.

Es sin embargo, nota común aplicable a los dos períodos la división del proceso en dos etapas fundamentales de las cuales la primera se consagra a fijar los límites de la cuestión litigiosa (Fase Injure) y la segunda a resolver por sentencia (Fase In Iudice o Apud Iudicem), que al menos en principio tiene un notable carácter arbitral. En la segunda y ultima época, estas dos fases se unen y la administración de justicia va adquiriendo más rasgos del carácter, de función Estatal.”<sup>11</sup>

En la primer de las épocas a las que se hace referencia la Ordo Iudicio Privatorum. “Que era de carácter privado del proceso en el cual las partes disponen de sus derechos y se rigen

---

<sup>11</sup> De La Plaza, Manuel. Derecho procesal civil Español, volumen I, Pág. 42.

por el principio dispositivo. En el procedimiento civil se distinguen claramente las dos fases del proceso; el *In Iure* y la *In Iudicio* o *Apud Iudicem*.

La fase *In Iure* era dirigida por el pretor ó magistrado quien administraba justicia a las personas que tenían dentro de sí un derecho a la *legis actione* privilegio que solo era concedido a los ciudadanos romanos y que por excepción se concedía a ciertos extranjeros.” “Esta fase tenía como finalidad la fijación de los hechos de la controversia para lo cual se intimaba al demandado a comparecer ante el magistrado, (*In Ius vocatio*), y el actor exponía sus argumentos (*Edictio Actiónis*).”<sup>12</sup>

“Durante la fase *In Iure*, las partes se esforzaban y luchaban para que las fórmulas contenidas en las *Legis Actiones* favorecieran sus intereses. Las *Legis Actiones* ó acciones de ley eran declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba ante el magistrado, con el fin de proclamar un derecho previamente reconocido. En este procedimiento excesivamente formalistas, se utilizaban fórmulas muy severas que eran íntimamente ligadas a textos de las leyes en las que el actor fijaba su pretensión y que cada parte recitaba una letanía prefijada y después de ser escuchadas, el pretor ó magistrado analizaba sí la acción era de las admitidas en la *Legis Actiones*. Estas *Legis Actiones*, según el derecho romano eran cinco, que son, *Legis Actiones Sacramento* que servía para hacer reconocer los derechos reales, *Legis Actio Postulatio Iudice*, la *Legis Actio Postulatio Conditionem*, estas dos, también de carácter declarativo como la primera tenían la desventaja de que una de las partes no sólo perdía el proceso sino también una apuesta, la *Legis Actio Manus Iniecto*, *Legis Actio Pignorem Capionem*, estas dos últimas de carácter ejecutivo establecían que el deudor era llevado ante el pretor para que cancelara la deuda que había sido cancelada por el actor en el proceso.”

“El procedimiento del *Legis Actiones*, no era tan rápido y no se podían reclamar otros derechos que los contenidos en las fórmulas. Luego se creó la fórmula escrita o procedimiento formulario que permitía al pretor más elasticidad en el otorgamiento de

---

<sup>12</sup> Véscovi Enrique. Teoría general del proceso, Pág. 27.

acciones no previstas anteriormente si aparentemente existía un derecho.”<sup>13</sup> Este procedimiento fue adoptado por el pretor peregrinus, quien administraba justicia entre romanos y extranjeros. “En este las partes exponían sus pretensiones en forma verbal y si se daban las condiciones favorables se concedía el permiso para pasar a la siguiente fase: In Iudicio ó Apud Iudicem, en esta fase si el demandado no confesaba sino contradecía u oponía excepciones, se celebraba el contrato de Litis Contestatio también formal y ritual que fijaba los puntos del juicio que serían sometidos al Iudex ó Arbitrator (árbitro). Parecido al conocimiento arbitral moderno. Imperaba un régimen de oralidad, intermediación y publicidad; la admisión de las pruebas, se escuchaba a las partes en sus alegatos y después se pronunciaba un fallo ó una Sentencia Irrecorrible; sólo se consideró como sentencia la resolución final. Esta fase Apud Iudicem se hacía seleccionando un tribunal de ciudadanos (Iurati ó jurados).

**Segunda época:** Extraordinaria cognitio. Esta época es un procedimiento oficial dirigido por funcionarios de carácter público, consecuencia de la afirmación de la autoridad del Estado. Es en esta época que los tribunales juzgan por en cargo de emperador y la sentencia se puede recurrir ante el mismo emperador como la última Instancia. La característica más notable es que el procedimiento civil se hace escrito, manteniéndose la Litis Contestatio, pero ella pierde su gran importancia y su carácter contractual reduciéndose a una simple exposición y contradicción de la demanda entablada. De esta forma estaba constituido el proceso romano.”<sup>1</sup>

### 3.1.1 Los Incidentes en la Legislación Romana

“La mayor parte de autores están de acuerdo en manifestar que los incidentes en la legislación romana, a lo menos en su articulado no existían; no obstante existían instituciones jurídicas muy parecidas, pero que con exactitud no lo son, dentro de estas se puede citar como, ejemplo: en los casos de juicios de propiedad o juicios posesorios, en el procedimiento preparatorio seguido ante el magistrado y cuyo objeto era reunir antecedentes, el juez podía, con plena facultad decidir cual de los litigantes tendría en su

---

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>1</sup> Ibidem. Pág. 27-29.

poder el objeto disputado durante el proceso. Esto si bien es cierto se asemeja a un incidente, no lo es en razón de que era un acto preparatorio para el juicio.

Sin embargo no se puede descartar que en la práctica existieran, ya para clarificar el procedimiento y despojarlo de cuestiones subalternas, o como armas de litigantes maliciosos, tendiente a dilatar en tiempo la sentencia final y poder mantener así situaciones ilícitas.

Es importante distinguir en el derecho romano dos etapas bien marcadas y separadas por la dictación de la ley Aebutia. En la primera de ellas, vale decir, la anterior a la ley la creación de los pretores introduce en Roma un elemento que iba a ser esencial en la elaboración de su derecho, pero estos funcionarios poco ó nada pueden hacer con relación al procedimiento, pues están sujetos a fórmulas ya establecidas que no les es dable eludir ni mucho menos modificar. Se comprende, entonces, que en período tan rígido aun con respecto a los creadores del derecho, no hay libertad para que las partes puedan promover situaciones que no están expresamente previstas, menos cuando éstas, las más de las veces no obedecían a una necesidad de simplificación del procedimiento.

Ya en el segundo período, cuando la ley Aebutia, autoriza la interposición de nuevas acciones y excepciones, la labor pretoria, fue evidente en la elaboración del procedimiento (Ius, Iudicate), y la libertad proporcionada a los litigantes, aliada a la fértil imaginación de un pueblo jurista, hace nacer concepciones nuevas, entre las cuales se puede encontrar algo de las instituciones incidentales.”<sup>15</sup>

### **3.2 PROCESO GERMANO**

“Se desarrolló menos que el romano manteniéndose dentro de un cierto primitivismo. Es predominantemente oral, público y muy formalista pero en extremo simple. No existe separación entre el proceso civil y el penal, la colegialidad de los tribunales es la característica más notable. En el procedimiento Germánico el actor citaba personalmente al demandado ante el tribunal fijando el día de la audiencia de testigos ante la asamblea

---

<sup>15</sup> Salas Vivaldi Julio E. Los incidentes procesales y en especial el de nulidad en el proceso civil y penal, Págs. 17 y 18.

popular que es la que dictaba la sentencia a propuesta primero de peritos y luego de sentenciadores.

El juicio iniciaba con una ceremonia religiosa que demostraba que la justicia era puesta bajo el amparo de la divinidad. El demandado podía confesar ó contradecir; lo que determinaba la recepción de la prueba. En este caso el demandado era quien tenía la carga de la prueba. Pero la prueba más común era la de “los juicios de Dios” entendiéndose por ellos los medios por los cuales la divinidad realmente resolvía si el demandado era inocente al sobrevivir al fuego, al hierro candente, agua caliente ó fría. Incluso al duelo entre el demandante y demandado. Todo formal, mediante palabras y ritos sacramentales en medio de un debate oral y público frente a la comunidad ó asamblea que pronunciaba la sentencia la cual era inapelable pero podía ser rechazada por el condenado o cualquiera de los presentes, proponiendo otra mejor para suplirla. En este último caso se recurría al duelo entre el primero y último proponente.

En un período no determinado comenzó a dictarse por el director del debate (el rey o su representante) una sentencia interlocutoria que se limitaba a declarar el derecho e indicar la prueba.”<sup>16</sup>

### **3.2.1 Los Incidentes en el Proceso Germano**

Según Enrique Véscovi, los germanos dividían el proceso ordinario en dos etapas: Una para las excepciones previas y otra para las de fondo.

“Se debe a los germanos la creación de la **sentencia interlocutoria** o sea las que resuelven los incidentes antes de que se llegue al fallo final del juicio.”<sup>17</sup>

Además se puede señalar ciertos rasgos legislativos de los incidentes en algunos preceptos que permitían acuerdos entre las partes tanto respecto a la indemnización y costas, como incluso en la forma como tramitarse el juicio y al derecho de probar los alegatos, estos acuerdos entre las partes no pueden haber sido tan claros y precisos como para no dar lugar

---

<sup>16</sup> Véscovi, Enrique. Ob.Cit. Págs. 30 - 33.

<sup>17</sup> Pallarés, Eduardo. Diccionario de derecho procesal civil, Pág. 410.

a dudas ó interpretaciones encontradas entre los litigantes, produciéndose así controversias accesorias al asunto principal que debían resolver los mismos jueces respecto de aquel.

### **3.3 PROCESO COMÚN (ROMANO-CANÓNICO)**

“En la edad media durante el período feudal hay una regresión general del proceso. La influencia del factor religioso y el fanatismo cristiano creó prácticas jurídicas basadas en la intervención de la divinidad. Respondiendo a la coyuntura histórica-política en numerosos países de Europa principalmente en Italia, aparece el proceso común ó romano-canónico, inspirado en el estudio del derecho romano y los principios de la iglesia.

Es un proceso dirigido por funcionarios oficiales, con una demanda escrita, con fases cerradas y preclusivas. En materia de prueba se crea el sistema de tarifa legal y se establece la presunción de la culpabilidad para el demandado. En el procedimiento civil el demandado es un reo que puede oponer a la demanda excepciones previas, y de fondo. Las primeras se examinan antes y después de resueltas se pasa al fondo. Este procedimiento es muy lento, pesado y completamente inquisitivo.

#### **3.3.1 Los Incidentes en el Proceso Común**

Como ya antes se expresó, se aceptó la interposición de excepciones dilatorias y que estas fueran resueltas antes de la cuestión principal.

Así mismo se admitió como verdaderas sentencias las interlocutorias y admitió que los incidentes procesales se resolvieran antes que lo principal, y que la mayor parte de ellos paralizaran el curso del juicio.”<sup>18</sup>

### **3.4 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

“La legislación Española se remonta a las siete partidas (1263-1265), legislación de Alfonso el sabio – importante en cuanto significó una de las primeras compilaciones de la legislación foral – donde se reglamentaba el tormento, el cual era aplicado secretamente por el propio juzgador. Más tarde durante la colonia donde se aplicó el derecho vigente de la

---

<sup>18</sup> Véscovi Enrique. Ob.Cit Págs. 32 y 33.

metrópoli España, las siete partidas significó el régimen jurídico supletorio más aplicado en el continente Americano, en vez de la recopilación de indias que contenía el orden jerárquico de las normas que debían regir en las tierras Americanas.

Esta legislación, especialmente la partida III en materia procesal, se aferraba al proceso civil romano-canónico rechazando las innovaciones procesales Francesas e inspirando la ley de enjuiciamiento civil Española de 1855, fuente de muchos códigos Latinoamericanos.

La independencia, ante el influjo de las ideas de la Revolución Francesa, trajo algunos cambios importantes, sobre todo en lo relativo al procedimiento penal, pues el civil continuó con parecidas características con la promulgación de la ley de enjuiciamiento civil (1855-1857). En efecto la herencia Española fue muy grande para los códigos Iberoamericanos que copiaron las instituciones Españolas que ya en esa época, estaban dos siglos atrasadas respecto de los modernos códigos procesales.

Los códigos, como se ha dicho, se inspiran, en general, en las leyes de enjuiciamiento civil Española, de procedimiento civil de 1855 y 1882 y de enjuiciamiento penal de 1872.”<sup>19</sup>

### **3.4.1 Los Incidentes en el Derecho Indiano**

“Haciendo un estudio del procedimiento indiano y teniendo como modelo varios juicios de la época, los autores J. Corvalán y V. Castillo, llegan a la conclusión de que los incidentes se tramitaban con uno o dos escritos si versaban únicamente sobre hecho; pues si habían hechos controvertidos pertinentes debían recibirse el incidente a prueba en la misma forma y plazos que la cuestión principal.”<sup>20</sup>

### **3.4.2 Los Incidentes en las Siete Partidas**

La partida III, título tercero, ley novena contiene la facultad del demandado para oponer ciertas alegaciones “que alargan el pleito pero no le ponen fin”. Estas alegaciones debían oponerse antes de responderse la demanda. Otra disposición se titulaba: “Por cuales

---

<sup>19</sup> Ibidem, Págs. 37 - 39.

<sup>20</sup> Salas Vivaldi, Julio E. Los incidentes y en especial el de nulidad en los procesos civil y penal, Pág. 20

defensiones puede el demandado detener el pleito, hasta que sean falladas”. Que hace referencia a incidentes que puedan promoverse no solamente antes de la contestación de la demanda, sino aún después de ella.

### **3.4.3 Los Incidentes en la Novísima Recopilación**

Posteriormente Carlos IV dictó la novísima recopilación (1805) la cual en el libro 9 título 108, ley 2, contiene preceptos que reglamentaron una especie de incidente de nulidad. Contiene además este cuerpo legal el principio jurídico sobre la posibilidad de alegar nulidad procesal fuera del juicio respectivo; así como también contiene algunos incidentes especialmente tratados y reglamentados, como es el caso, del artículo de restitución del término probatorio que correspondía solo al litigante menor de 25 años y a ciertas personas o establecimientos con el fin de pedir en el plazo de quince días una especie de renovación de término probatorio, pese a que una vez publicadas las probanzas normalmente no podían presentar nuevos testigos.

También la novísima recopilación, leyes primera y segunda, título 12, libro 2; reglamentaba el incidente destinado a tachar los testigos presentados, debiendo previamente jurar el articulista que no oponía la tacha maliciosamente, con la única finalidad de atrasar el pleito; de su primera petición se daba traslado a la parte contraria si ésta no la aceptaba, debía recibirse a prueba el incidente.”<sup>21</sup>

### **3.4.4 Ley de Enjuiciamiento Civil**

“La unificación verdadera de la legislación Española solo se alcanzó a partir de la ley de enjuiciamiento civil de 1855, que fue reformada en 1881, manteniendo principios del sistema romano-canónico.

Esta legislación, si bien no reconocía expresamente los incidentes, los autorizaba implícitamente al manifestar que era necesario resolver antes de lo principal las cuestiones que se promovieran durante el pleito permitiendo en general, la sustanciación de cuestiones accesorias y diferentes de la fundamental.

---

<sup>21</sup> Ibidem. Págs. 19 y 20.



Tiempo después, la ley de enjuiciamiento civil española inserta un concepto de incidente en el Art. 742 expresando que incidentes son: “cuestiones que deberán tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan o con validez del procedimiento.

El Art. 743, de la citada ley y siguientes, decía que los jueces rechazarán de oficio los incidentes que no se hallen en los casos mencionados. Los incidentes de previo y especial pronunciamiento suspenden el curso de la demanda principal; los comunes se sustanciarán en pieza separada. El incidente de nulidad se tramita como incidente de previo y especial pronunciamiento, según el Art. 745, de la citada ley. Se recibía a prueba cuando lo soliciten ambas partes, o una sola con la estimación de procedencia hecha por el juez. El término de prueba no puede ser menor de 10 días ni pasar de 20. Transcurrido el término probatorio, aun sin solicitud de parte, el juez mandará que se unan las pruebas practicadas a los autos y cita para sentencia. A petición de parte se celebra la vista, donde se oye a los defensores de los litigantes. La sentencia debe dictarse dentro del quinto día, y es apelable en ambos efectos. Esta tramitación se adopta a la segunda instancia y a la casación donde las salas de audiencia se constituirán con tres magistrados por lo menos; y cinco, en el tribunal supremo (Art. 717).”<sup>22</sup>

### **3.4.5 Código de Procedimiento Civil Español**

“El código de 1884, definía en su Artículo 861 a los incidentes de la siguiente manera: “Son incidentes las cuestiones que se promuevan en juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal”.

Art. 862: Cuando fueren (las cuestiones propuestas en el incidente) completamente ajenas al negocio principal, los jueces de oficio deberán repelerlas, quedando a salvo el derecho de solicitar en otra forma legal lo que con ella pretendía.

Art. 863: los incidentes que pongan obstáculo al curso de la demanda principal, se sustanciarán en cuerda separada, que formará con los escritos y documentos que ambas partes señalaren y a costas del que lo haya promovido

---

<sup>22</sup> Cabanellas,Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, tomo IV, Pág. 373.

Art. 866: Promovido el incidente, y formada en su caso la pieza separada, se dará traslado al colitigante por el término de tres días.

Los demás artículos fijaban la tramitación de los incidentes.”<sup>23</sup>

### **3.5 EL PROCESO MODERNO**

“La transformación de la sociedad moderna a raíz del cambio político de la Revolución Francesa, la revisión del principio de Independencia y división de poderes; y el estudio de las instituciones Romanas ejerció una gran influencia en la concepción del proceso. Se establece la idea del proceso como institución, y sobre todo, en punto al concepto de la función judicial. En el proceso civil, los cambios no son tan profundos como en el penal; continuando el proceso oficial, escrito, lento y complejo; manteniendo en materia probatoria el régimen de tarifa legal. Pero hay cambios significativos como que el demandado (acusado) ya no tiene el deber de probar su inocencia y retorna al sistema Romano que impone al actor la carga de probar sus afirmaciones, el reo, las efectuadas al oponer excepciones.”<sup>24</sup>

#### **3.5.1 Los Incidentes en el Proceso Moderno**

“El derecho moderno representado por el código Italiano en vigencia y la ley procesal alemana se orientan en un triple sentido de los incidentes”

- a)- El de restringir la admisión de los incidentes.
- b)- El de no considerar como sentencia, sino como auto, las resoluciones de las cuestiones que surgen incidentalmente en el juicio.
- c)- No otorgar a las resoluciones la autoridad de cosa juzgada.
- d)- El de evitar que los incidentes suspendan el curso del juicio.”<sup>25</sup>

### **3.6 EVOLUCION DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EN EL SALVADOR**

“La iniciativa de codificación de la legislación procesal del país comenzó en 1843, mediante decreto de la cámara legislativa, comisionando al Presbítero y Doctor Isidro

---

<sup>23</sup> Pallarés, Eduardo. Diccionario de derecho procesal civil, Págs. 410 y 411.

<sup>24</sup> Ibidem. Pág. 51

<sup>25</sup> Ibidem. Pág. 411.

Menéndez, para que redactara un proyecto de código de procedimientos judiciales. Con posterioridad fué revisado y tales proyectos fueron declarados leyes de la república por decreto ejecutivo, el 20 de noviembre de 1857, constituyendo el primer código de procedimientos civiles y criminales. Por decreto del 10 de febrero de 1862 la cámara legislativa autoriza al ejecutivo otra comisión para elaborar un anteproyecto de reformas; lo que empezó como un anteproyecto de reformas fue presentado como un nuevo código en un solo volumen pero en dos cuerpos separados de leyes; código de procedimientos civiles y código de procedimientos criminales, el cual fue declarado Ley de la República el 12 de enero de 1863.”<sup>26</sup>

Se nombró una comisión para que redactara proyectos de reforma a los códigos; en 1881, concluye el trabajo la comisión y por decreto del ejecutivo del 31 de diciembre y publicado el 1° de enero de 1882, se tuvo por ley de la república un nuevo código de procedimientos civiles, que es el que se encuentra en vigencia hasta la fecha con sus reformas.

### **3.6.1 El Proceso Civil Salvadoreño**

Este se desarrolla en cinco etapas principales, que son demanda, emplazamiento, contestación de la demanda, prueba y sentencia.

Con respecto a la demanda puede decirse que consiste en la manifestación de una persona al juez que considera competente requiriendo se le satisfaga una pretensión en virtud de un derecho que expresa que le asiste, con el fin de obtener tutelado el derecho mediante una sentencia que lo ampare.

Sobre la demanda, el Código de Procedimientos civiles y criminales en el artículo 203, “decía que demanda es la petición que se hace al juez para que mande a dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa, se interpone por escrito o de palabra.”<sup>27</sup> Igual regulación tiene en el código de procedimientos civiles vigente.

---

<sup>26</sup> Asamblea Legislativa. Código de Procedimientos Civiles,

<sup>27</sup> Asamblea Legislativa. Código de Procedimientos y Fórmulas Judiciales, Civiles y Criminales, Pág.18

La segunda etapa es el emplazamiento el Código señalaba que el “emplazamiento es el llamado que hace el juez a alguno para que comparezca a manifestar su defensa.”<sup>28</sup> Art. 215 de la ley, y 205 Pr C.

Contestación de la demanda según el Art. 239 del Código, “es la respuesta que da el reo a la demanda del actor confesando o contradiciendo la acción y sus fundamentos”,<sup>29</sup> el demandado deberá contestar la demanda dentro del término señalado por la ley dependiendo de la clase de juicio que se tramite. Si el demandado no contesta la demanda se declara rebelde previa petición de parte y se tiene por contestada la demanda en sentido negativo, Art. 530 Pr. C.

Una vez contestada la demanda o declarado rebelde el demandado el juez abre a prueba el proceso por el término de ley, si se trata de un juicio de hecho, el término en mención dependerá de la clase de juicio que se sigue.

Concluido el término probatorio, la causa esta lista para sentencia, que es donde se decide el objeto discutido en el proceso.

### **3.7 LOS INCIDENTES EN EL PROCESO CIVIL DE EL SALVADOR**

En la legislación civil del país se puede decir que los incidentes inician a regularse a partir del Código de procedimientos civiles y criminales, esto puede afirmarse a la luz de sus disposiciones y a la vez se puede hacer una comparación con el código en vigencia.

- 1- En el código en mención se regulaba el incidente de fianza para el pago de costas daños y perjuicios por el juicio entablado. Art. 20 del código; este incidente fue derogado parcialmente en el código de procedimientos civiles vigente, porque únicamente servía para retardar el proceso.
- 2- El demandado también podía alegar excepciones dilatorias antes de contestar la demanda, Art. 142 el cual decía que “el demandado debe interponer las excepciones en el término para contestar la demanda y si fueren dilatorias podrán oponerse después, jurando no haber tenido conocimiento de ellas o que sobrevinieron después

---

<sup>28</sup> Ibidem. Pág.19.

<sup>29</sup> Ibidem. Pág.21.

de la contestación y que no se opongan maliciosamente.”<sup>30</sup> En el Art. 143 dice que dichas excepciones deberán resolverse en juicio sumario.

En el código vigente el trámite para decidir las excepciones dilatorias ha sido modificado así lo establece el Art. 132 PrC., y dice “las excepciones dilatorias deben decidirse oyendo a la parte contraria para la siguiente audiencia, y se abrirá a prueba por cuatro días si fuere necesario, y que en ambos casos se resolverá dentro de los tres días siguientes.”<sup>31</sup>

- 3- También se regulaba en el código en comento el incidente de nulidad procesal en los Arts. 218, 219, 223, 357, 392, el cual debía ser subsanado en el curso de las instancias y de no haberse hecho daba lugar a recurrir de ello por medio del recurso extraordinario de nulidad así lo expresaba el código a partir de los Arts. 1734 al 1762.

En el código de procedimientos civiles este incidente se conserva, pero en cuanto al recurso de nulidad ha sido derogado a partir de la entrada en vigencia de la ley de casación con la cual se abolió la tercera instancia.

- 4- Así mismo se regulaba el incidente de justo impedimento Art. 244, señalando su trámite a partir del Art. 633. En el código vigente se modificó su regulación en cuanto a las personas que pueden promoverlo limitándolo únicamente a las partes, y al trámite que debe darse, Arts. 229 y 538 PrC., y siguientes.

- 5- El Art. 366 del Código de Procedimientos Civiles y Criminales regulaba el incidente de tacha de testigo diciendo que “tacha es un defecto que por ley disminuye o destruye la fe del testigo”<sup>32</sup>; y señalaba en el Art. 377 el momento procesal para interponerlo y en el Art. 388 expresaba que se resolvería en la sentencia definitiva.

- 6- Se reguló también la tacha de peritos en el Art. 393 que decía “todo perito puede ser tachado antes del juramento; y después, solo por causa sobrevenidas posteriormente”<sup>33</sup>; en el Art. 396 señalaba el trámite que debía darse diciendo que la tacha de peritos será justificada sumariamente; la sentencia que sobre ello decidiere será ejecutada sin apelación.

---

<sup>30</sup> Ibidem. Pág.13.

<sup>31</sup> Asamblea Legislativa. Código de Procedimientos Civiles.

<sup>32</sup> Asamblea Legislativa. Ob.Cit. Pág.30.

<sup>33</sup> Ibidem. Pág.31.

Similar regulación tiene estos incidentes en el Código actual, regulando la tacha de testigos a partir del Art. 330 al 342 Prc, y la tacha de peritos a partir del Art.352 al 355 Prc.

7- En la parte tercera dedicada a los procedimientos civiles y criminales en segunda y tercera instancia del Código de Procedimientos civiles y criminales, título segundo capítulo tercero, Arts. 1763 y siguientes, se regula el incidente de recusación; en el capítulo cuarto Art. 1796 en adelante, se regularon los incidentes de impedimentos y excusas, y en el capítulo quinto Arts. 1806 y siguientes, se habla de la competencia, contemplando en él la inhibitoria de competencia. Quedando regulado en las disposiciones citadas lo que debe entenderse por ellos y el trámite a seguir para resolverlos.

En el código de procedimientos civiles tienen similar regulación al código en mención ocupando incluso mismo título y capítulos, regulados dichos incidentes a partir de los Arts. 1115 al 1206 Pr C. Se mantiene aun el resabio jurídico de regular a estas instituciones en el título dedicado a los recursos extraordinarios no obstante, no ser recursos.

Como ya se ha visto, la regulación de los incidentes procesales se ha contemplado en la legislación del país desde sus inicios, aunque no en una forma especial; además desde la creación del derecho civil y procesal civil, se ha regulado dentro de éstos lo que actualmente corresponde al derecho de familia.

“Es a partir del 1° de octubre de 1994 que se separa el derecho procesal de familia de derecho procesal civil, pasando a ser un cuerpo de ley especializado para regular esa materia en virtud de haberse creado la ley de familia.”<sup>34</sup>

En la ley procesal de familia se le da un tratamiento diferente a los incidentes procesales, pues en esta se dedica un apartado especial para la regulación de los incidentes, dicho apartado se encuentra en el capítulo II que corresponde al desarrollo del proceso, en la sección segunda del mismo capítulo, a partir del artículo 57 Pr F., se expresan las disposiciones generales de los incidentes; luego continúan las disposiciones destinadas a

---

<sup>34</sup> Exposición de motivos de la Ley Procesal de Familia.

regular los incidentes genéricos, hasta el Art. 62 Pr F., y a partir de éste artículo hasta el Art. 77 Pr.F., se encuentran regulados los incidentes especiales.

**CAPITULO IV**  
**EL PROCESO DE FAMILIA**



**CAPITULO IV**  
**EL PROCESO DE FAMILIA**

**4.1 PRINCIPIOS PROCESALES**

La enumeración de los principios que sustentan el proceso de familia no es taxativa, porque éstos surgen del ordenamiento de las disposiciones de la ley. No obstante pueden nominarse los principales principios que dominan el proceso, como son:

- a) Inmediación, el cual consiste en la intervención dinámica del juez.
- b) Oralidad, el cual ve reflejado en las audiencias que se desarrollan en forma oral.
- c) Eliminación del rigor ritual, este se manifiesta en la flexibilidad de los actos, sin violar el derecho de defensa.
- d) Economía procesal, que permite una mayor concentración de los actos procesales para una pronta solución de los conflictos.
- e) Preclusión se ha flexibilizado, las normas sobre la admisión de nuevos hechos y nuevas pruebas, deben aplicarse con mayor amplitud.
- f) Incorpora la búsqueda de la verdad real, con respecto del principio de contradicción o garantía del derecho de defensa.
- g) Los menores aunque no deban intervenir en el proceso deben ser escuchados para respetar lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del niño.
- h) Es necesaria la intervención de la Procuraduría General de la República en los procesos de familia, para defender el interés público, vigilar el cumplimiento de la ley y garantizar una real protección de los intereses de la familia, de los menores y demás incapaces. También para dar asistencia legal a las personas que carecen de recursos económicos, a las personas ausentes, cuyo paradero se ignora, y deban ser demandados, y las personas que comparezcan, después de emplazados, para no declararlos rebeldes.
- i) Procura que la falta de medios económicos no sea un obstáculo al acceso de la justicia.
- j) Regula la conclusión anormal del proceso.
- k) Establece la valoración de la prueba con base a la sana crítica.
- l) Garantiza el derecho de impugnación.

- m) Garantiza el derecho de iniciar la demanda ante jueces independientes y especializados.
- n) Garantiza el debido proceso.
- o) Garantiza la accesibilidad a la justicia.

En el proceso de familia a diferencia del procedimiento civil, en éste se suprimen la clasificación de juicios, dejando únicamente para éste el trámite ordinario para todas las causas a seguir y además se establece la oralidad en las audiencias.

#### **4.2 INICIACIÓN DEL PROCESO**

El proceso de familia puede iniciar en forma oral y escrita. Se inicia en forma oral en los casos de urgencia mediante una denuncia interpuesta por la parte interesada o de alguien que tenga conocimiento de la situación y de aviso al juez, por ejemplo, cuando se está cometiendo abusos contra un menor o en los casos de violencia intrafamiliar, en estos casos el juez debe aplicar medidas de protección.

En forma escrita se inicia el proceso mediante una petición escrita denominado demanda, la cual es presentada por el abogado del interesado.

A partir de la iniciación del proceso pueden presentarse los incidentes pre-procesales, estos pueden proponerse hasta antes de la contestación de la demanda.

Nota distintiva del proceso de familia es que este puede iniciar de oficio a diferencia del civil el cual solo puede iniciar a instancia de partes, Art. 41 Pr.F.

La demanda que se presenta debe reunir previamente ciertos requisitos señalados en el Art. 42 PrF.

- a) la designación de juez a quien se dirige, en los lugares en donde no hubiere oficina receptora de demandas:

Implica que el actor debe designar al juez competente para conocer de su demanda, en el caso que en el lugar no haya oficina receptora de demandas, ya que en los lugares donde

hay oficinas receptoras de demandas será ésta la que distribuirá equitativamente las demandas entre los diversos juzgados competentes.

- b) El nombre, calidad de mayor de edad y el domicilio del demandante y del apoderado; en su caso, los mismos datos del representante legal.
- c) El nombre, calidad de mayor de edad y domicilio del demandado; los mismos datos del representante legal, o apoderado. Si se ignora el paradero, se manifiesta esta circunstancia y se solicitará su emplazamiento por edicto.

En referencia a los literales b) y c), se denota que esto resulta ser indispensable pues la mención de ser mayor o menor de edad permite determinar la capacidad para ser parte en el proceso; los datos a que se refieren los literales tienen que ver con la identidad de las partes, es decir la certeza que se debe tener en cuanto al demandante y demandado, que actúan con derecho propio o como representante legal de otro siendo, indispensable desde luego que se identifiquen los apoderados que intervienen en representación de cualquiera de las partes.

- d) La narración precisa de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones.
- e) La pretensión, expresada con precisión y claridad. Cuando se acumulen varias pretensiones, estas se formularán con la debida separación.

Los literales d) y e), contienen un significado de exactitud y precisión en cuanto a los hechos materiales que sirven de base a la pretensión, a que aspira el demandante y en la que se parte del supuesto de que dicha pretensión está amparada por el derecho obviamente deberá estar formuladas con claridad y precisión.

- f) El ofrecimiento y determinación de los medios de prueba que el demandante pretenda hacer valer.

Debe entenderse, acerca de este literal, como ofrecimiento de prueba, la proposición que el demandante le hace a la autoridad judicial, y por determinación de los medios de prueba el señalamiento preciso y concreto de los medios probatorios, es decir cuales medios probatorios se emplearán para sus pretensiones los cuales pueden consistir en prueba

documental, testimonial, etc. Como forma de complementación a esta parte de la demanda el Art. 44 Pr F., establece que junto a la demanda se acompañará la prueba documental que se pretende utilizar para hacer valer la pretensión, en caso de no contar con ella se debe mencionar su contenido y el lugar donde se encuentra debiendo pedir su incorporación al proceso, lo mismo concierne a la prueba testimonial pues en la demanda se designará las generales de los testigos y el lugar donde pueden ser citados, y si se propusieren otros medios probatorios admitidos en el derecho común, deberá concretarse su objeto y su finalidad. El porqué se debe acompañar desde un principio los medios de prueba que se pretende utilizar en el proceso se encuentra tácitamente establecida en la brevedad del proceso con el que debe desarrollarse el mismo y en el principio de economía procesal.

- g) La designación del lugar que señale el apoderado para recibir notificaciones así como el lugar donde se puede emplazar al demandado o citar a la demandante, cuando deba comparecer personalmente.

Debe designarse el lugar para oír notificaciones en la ciudad donde tiene la sede el tribunal, lo que servirá para tener conocimiento de las resoluciones que emita el tribunal antes de efectuarse el emplazamiento. Arts. 33 inc. 2° y 34 inc.6° Pr. F.

Debiendo señalar además el lugar donde se puede emplazar el demandado o citar al demandante. En primer caso se hace indispensable conocer y basándose en el principio universal de defensa, el lugar donde se le debe hacer el llamamiento al demandado para que sé de por enterado de la demanda que se ha incoado en su contra y haga uso de los derechos que la ley le franquea, en el segundo caso es para garantizar la cita al demandante cuando deba comparecer personalmente en el proceso, como sería el caso de su asistencia a la fase conciliatoria del proceso, en caso de no haber facultado para ello a su apoderado.

- h) La solicitud de medidas cautelares, cuando fuere procedente.
- i) Los demás requisitos y datos que por naturaleza de la pretensión exija la ley o sea indispensable expresar.
- j) El lugar y la firma del peticionario.

De la demanda y de los documentos que se presenta se deberán entregar tantas copias como demandados haya y una copia adicional para el archivo del Juzgado.

#### **4.2.1 Admisión de la demanda**

Una vez presentada la demanda el juez resuelve sobre su admisibilidad dentro de un término de cinco días, si lleva todos los requisitos que la ley exige la admitirá y ordenará el emplazamiento. Si notare el juez que la demanda carece de alguno de los requisitos exigidos, el juez dirá cuales requisitos faltan y ordenará al demandante que las subsane, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución, en donde se ordena la referida subsanación sino lo hace declarará inadmisibile la demanda, en cuyo caso el derecho queda a salvo y se podrá plantear la demanda nuevamente en cualquier tiempo, por supuesto, dentro de los márgenes de la caducidad de la acción, Arts. 95 y 96 Pr.F.

#### **4.2.2 Modificación y ampliación de la demanda**

La demanda sólo puede modificarse antes de la contestación, y sí después de contestada surge algún hecho nuevo que afecte el derecho invocado éste podrá alegarlo en la audiencia. Art. 43 Pr.F.

Difiere del derecho procesal civil porque el Art. 201 PrC., prescribe que después de contestada la demanda no puede variarse o modificarse bajo concepto alguno.

### **4.3 EMPLAZAMIENTO**

Admitida la demanda el juez ordenará el emplazamiento el cual deberá efectuarse dentro de las veinticuatro horas de haber emitido la resolución que admite la demanda o que inicia el proceso. Art. 83 # 2 Pr C., y 218 Pr F.

Cuando se trate de demandado ausente se realizará por edicto mediante un aviso que se publicará tres veces en un diario de mayor circulación por un intervalo de cinco días entre cada una de las publicaciones. Art. 34 inc. 4° Pr F

#### **4.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Emplazado el demandado deberá contestar la demanda dentro del plazo de quince días contados a partir de la notificación.

A partir de este momento pueden presentarse los incidentes procesales hasta antes de que se pronuncie o dicte la sentencia definitiva.

Ante la demanda el demandado puede tomar dos actitudes:

- a) Que no conteste la demanda.
- b) Que la conteste.

En el primer caso sino contesta la demanda, en el proceso civil se dicta la declaratoria de rebeldía a petición de la parte contraria; pero en materia de familia no existe la declaratoria de rebeldía ni el acuse de rebeldía por disposición expresa de la ley, según lo expresado en el Art. 92 Pr F., por tanto si el demandado deja pasar el término y no contesta la demanda, el juez de oficio sigue adelante y el procurador de familia toma la representación del demandado; la asunción de su representación, así como la sentencia definitiva, se le notifica al demandado. Art. 112 Pr F.

En el segundo caso el demandado puede:

- 1) Allanarse a las pretensiones del actor. Art. 47 Pr F.

Cuando el demandado reconoce expresamente sus fundamentos de hecho y de derecho en cuyo caso, se procede a dictar sentencia, salvo que el juez rechace el allanamiento por considerar necesario decretar prueba de oficio porque advirtió fraude o lo pidió un tercero interviniente.

Respecto del allanamiento del demandado, la ley procesal de familia establece que no produce efecto en derechos irrenunciables si el demandado no tiene capacidad de disposición de hechos; si lo hace el apoderado y éste no está facultado para hacerlo; si los hechos admitidos no pueden probarse por confesión, porque la ley exige prueba específica,

si la sentencia pudiere producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros o cuando existe litisconsorcio necesario y el allanamiento no provenga de todos los demandados.

- 2) El demandado podrá contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor.
- 3) El demandado podrá presentar al contestar la demanda, reconvencción o contra demanda cuando la pretensión tenga conexión por razón del objeto o causa con la pretensión del demandante, Art. 49 Pr F.
- 4) Podrá también presentar excepciones dilatorias o perentorias, Art. 50 Pr F.
- 5) Podrá confesar.

Una o todas de las anteriores actitudes pueden asumir el demandado para ejercer su defensa, aplicando el principio de igualdad de las partes.

Además se exige al demandado que al contestar la demanda ofrezca la prueba y la determine claramente.

#### **4.5 EXÁMEN PREVIO**

Una vez vencido el plazo para contestar la demanda, hubiere sido contestada o no, el juez dentro de los tres días siguiente, deberá hacer un estudio minucioso de toda la documentación que hasta el momento forma el expediente, sea ésta la demanda, su contestación y demás documentos presentados, esto con el objetivo de verificar que todo lo actuado esté conforme a la ley y de poder enmendar y precaver errores que se hubieren cometido en el transcurso del proceso. Este análisis jurídico de lo que hasta ese momento constituye el expediente se denomina exámen previo y del cual se deja constancia en acta. Art. 98 Pr F.

El exámen previo es una medida tendiente a revisar y a precaver los vicios de que puede adolecer el proceso y por lo tanto pretende prevenir cualquier anomalía que impida la realización o materialización correcta de los fines del proceso de familia.

Si el juez se percata en el exámen previo que en la contestación de la demanda, se han interpuesto excepciones que por la naturaleza de la prueba que requiere, ésta no pudiere

practicarse en audiencia, ordenará en el mismo la recepción de las probanzas mediante la utilización de las reglas de la prueba anticipada. Art. 54 y 98 inciso 2° Pr F.

#### **4.6 AUDIENCIA PRELIMINAR**

Inmediatamente después de realizado el exámen previo el juez emitirá resolución señalando fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar conforme al Art. 36 Pr F. Es decir que la citación deberá hacerse en un término no mayor de treinta días ni menor de diez, en razón de la necesidad de otorgar a las partes un término prudencial para que recojan las prueba que presentarán en la audiencia.

La ley procesal de familia regula en forma detallada el desarrollo de la audiencia preliminar y determina que al inicio de la audiencia se efectúe la conciliación a la cual deberán asistir las partes personalmente porque el conflicto pertenece a éstas propiamente tal, y a ellos corresponde la responsabilidad de resolverlos.

##### **4.6.1 Fase conciliatoria**

Una vez constatada la presencia de las partes se procederá a declarar abierta la audiencia y se dará inicio a la etapa conciliatoria para que las partes en conflicto lleguen a un avenimiento sobre la situación disputada, el juez en este caso tiene la facultad de proponer a las partes fórmulas de arreglo.

Si se llega a un arreglo en los hechos y sólo se trata de aplicar la ley el juez fallará y si fuere posible dictará sentencia en la misma audiencia. Art. 110 Pr F.

Si no llegan a un acuerdo pueden pedir una nueva audiencia para conciliar. Arts. 103 Pr F., y 84 Pr F.

Sino se concilia o la conciliación es parcial el proceso continuará respecto a los puntos no conciliados; y deberá procederse al saneamiento del proceso. Art. 107 Pr F.

##### **4.6.2 Fase saneadora del proceso**

El juez en primer lugar constatará que existen todos los presupuestos procesales, como competencia, capacidad para ser parte. Esta fase al igual que la conciliación tiene lugar en



la audiencia preliminar y solo se desarrolla en caso de no haber logrado una conciliación total, procediéndose a resolver los incidentes, recibiendo para ello la prueba pertinente. Art. 106 inc. 1° Pr F.

Una vez decididas los incidentes, el juez decretará las medidas tendientes a sanear los vicios del proceso o bien prevenirlos, así como también corregir los errores y omisiones de derecho, integrar el litisconsorcio necesario y lograr la adecuación del trámite procesal, todo ello con la finalidad de evitar que el proceso termine con una sentencia inhibitoria y prevenir el fraude procesal. Art. 107 Pr F.

#### **4.6.3 Fase de fijación de los hechos**

Posteriormente de decretar las medidas saneadoras, debe procederse a la fijación de los hechos alegados por cada una de las partes y para tal objeto se les oirá al respecto para conocer aquellos en los que estuvieren de acuerdo, logrando consecuentemente puntualizar los puntos en que disienten. El juez en esta fase tiene la facultad si lo considera necesario de requerir a las partes para que puntualicen, aclaren o rectifiquen cuanto sea preciso los puntos controvertidos, desde luego, sin alterar lo sustancial de la demanda y de la contestación. Dentro de la fase que ahora se comenta tiene lugar un momento procesal de valiosa importancia como lo es la admisión o el rechazo de los medios de prueba ofrecidos por las partes, ya sean en la demanda o en la contestación, inclusive en la misma audiencia preliminar. Tal admisibilidad o rechazo dependerá de la pertinencia y utilidad de los medios de prueba ofrecidos, pues en caso de tales el juez deberá admitirlos. Debiendo el juez ordenar de oficio la prueba que considere necesaria. Art. 109 Pr F.

Una vez concluida la audiencia preliminar. El juez fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia de sentencia debiendo ordenar la citación de los testigos, especialistas, procurador de familia y peritos si fuese necesario. Este señalamiento surte efecto de notificación y citación para las partes. Art. 113 Pr F.

#### **4.6.4 Fallo en audiencia preliminar**

El fallo en la audiencia preliminar sólo es procedente cuando las partes están de acuerdo en todos los hechos y se trata solamente de aplicar la ley al objeto del proceso; o bien que las

pruebas presentadas en la audiencia fuesen concluyentes y plenas, es decir, que sean lo suficientemente constitutivas de probanza que llevan a la certeza y seguridad al juez para fallar con seguridad y acierto. En este caso el juez si fuere posible dictará la sentencia en la audiencia preliminar, en caso contrario dentro de los cinco días siguientes. Art. 110 Pr F.

#### **4.7 AUDIENCIA DE SENTENCIA**

También la ley procesal de familia regula minuciosamente el trámite de la audiencia de sentencia, lo que se inicia, constatando la presencia de las partes y dando lectura a las peticiones de la demanda y de la contestación, posteriormente se entra a resolver los asuntos que están pendientes de solución, como son los incidentes, que no fueron decididos en la audiencia preliminar, etc. Luego se recibirá la prueba, en la práctica generalmente lo que sucede es que la prueba documental ya se encuentra agregada al expediente, por haberse incorporado al proceso antes de la audiencia, esta prueba documental se exhibe y se lee.

También se da lectura a las pruebas anticipadas que se practicaron, debiendo hacer lo mismo con respecto a las conclusiones de los dictámenes periciales, educativos y psico-sociales cuando fuere el caso estos se pueden ampliar o aclarar en la audiencia.

Para la recepción de testigos se escucha primero a los testigos del demandante y luego los del demandado, en el entendido, que los testigos no podrán comunicarse entre sí antes de su declaración, sin embargo, prevé la citada ley que el incumplimiento de la incomunicación no impide la declaración de un testigo, simplemente el juez lo escucha y valora su testimonio, con base a esa circunstancia, respecto del interrogatorio, la ley procesal de familia dispone que el juez debe evitar las preguntas capciosas e impertinentes, que los declarantes pueden consultar documentos cuando se les autorice por tratarse de cifras o de fechas o cuando la lectura del testimonio no afecte su espontaneidad. Art. 117 Pr F.

En cuanto a los documentos, se prevé deberán exhibirse en audiencia, y que las partes o sus apoderados los pueden controvertir. Recibido todo el acervo probatorio, el juez procede a otorgar la palabra al demandante, luego al demandado y posteriormente al procurador de familia para que presente sus alegatos, e inmediatamente dicta el fallo. La sentencia, deberá

siempre fundamentarse y el juez puede dictar en la audiencia o dentro de los cinco días siguientes. Durante el transcurso de la audiencia y por no haberse recibido todas las pruebas, el juez puede ordenar el receso de la misma, pero cita para su continuación dentro de los diez días siguientes. Esta resolución también será notificada en audiencia y en base a lo dispuesto en el Art. 34 Pr F. Se tendrá por notificada a quienes estén presentes o debieron concurrir al acto. Art. 120 Pr F.

El derecho de impugnación de las providencias judiciales se desarrolla en los recursos que en materia procesal de familia son: Revocatoria, explicación, modificación o reforma en lo accesorio, apelación y casación.

#### **4.8 EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA**

Constituye la última etapa del proceso de familia y consiste en que el juez da cumplimiento de la sentencia dictada una vez que ésta a pasado en autoridad de cosa juzgada y no ha sido cumplida en forma voluntaria por la parte cuando se ha fijado un plazo para su cumplimiento. Art. 171 Pr F.

Dentro de esta etapa del proceso pueden surgir los incidentes denominados post-procesales.

## **CAPITULO V**

**LOS INCIDENTES EN PRIMERA  
INSTANCIA EN EL PROCESO DE  
FAMILIA**

## CAPÍTULO V

### LOS INCIDENTES EN PRIMERA INSTANCIA EN EL PROCESO DE FAMILIA .

#### 5.1 TÍTULO I.

##### GENERALIDADES DE LOS INCIDENTES.

###### **5.1.1 Significado etimológico**

Iniciado un juicio pueden proponerse cuestiones accesorias que deben y necesitan ser resueltas antes del asunto principal del proceso. Ocurren, por tanto, como accesorias a la materia central del litigio, y por ello se les denomina “incidentes” este término deriva del latín “incidentis” que significa acontecer, suspender o interrumpir; también de la palabra latina “cedere” que quiere decir caer una cosa dentro de otra. Esta concepción es tomada por Pallarés, Alsina y otros.

Según Salas Vivaldi, “el término se deriva de la palabra latina “incidere” que significa ocurrir o sobrevenir y se compone de in y caedere es decir, venir en o durante un asunto principal. En un sentido amplio puede aplicarse esta denominación a todo acontecimiento que se origina en una instancia y que interrumpe o altera su curso ordinario”<sup>35</sup>

“También se designa a los incidentes con el nombre de artículos o articulaciones, dicho término proviene de la antigua legislación Española, que establecía: Los incidentes o artículos son pequeños procedimientos que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo, teniendo relación inmediata y directa con el asunto principal”.<sup>2</sup>

###### **5.1.2 Definición conceptual doctrinaria**

Eduardo Pallarés: “Lo que sobreviene accesoriamente en un asunto o negocio fuera de lo principal, y jurídicamente las cuestiones que sobrevienen entre los litigantes durante el curso de la acción principal”.<sup>3</sup>

---

<sup>35</sup> Salas Vivaldi, Julio. Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil penal, Págs. 23 y 24.

<sup>2</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Pág. 373.

<sup>3</sup> Pallares, Eduardo. Diccionario de derecho procesal civil, Pág. 410

Diccionario jurídico forum: “Es toda controversia que se suscita accesoriamente durante la tramitación de un litigio y que siendo distinta del objeto principal del asunto guarda una relación tal con el mismo que requiere una solución previa”.<sup>38</sup>

Manresa y Navarro: “Incidente es toda cuestión distinta a la principal que se suscita durante la sustanciación del juicio y hace necesaria una resolución previa”.<sup>39</sup>

Como se ha visto en los conceptos transcritos y los que se encuentran en el marco teórico, la mayoría de autores coincide en que debe entenderse por incidentes procesales; para la presente investigación deberá entenderse por incidente, “toda cuestión accesoria que surge en el desarrollo del proceso y que tienen una relación directa o indirecta con el objeto principal del juicio, de tal forma que las cuestiones accesorias, afectan en alguna manera al objeto principal del juicio, y por consiguiente para resolver lo accesorio se debe dar un trámite por regla general el cual tiene la forma de un pequeño proceso dentro del principal, que normalmente no suspende el proceso y que por excepción lo suspende para efecto de dar una solución previa”.

### **5.1.3 Definición Jurídica**

Vivaldi dice: “Haciendo un estudio breve sobre las legislaciones más conocidas, casi en ninguna de ellas se precisa lo que es un incidente”.

Sin embargo a forma de ejemplo se pueden citar algunas legislaciones en las que si los definen para el caso el código procesal civil y comercial de Mendoza, Argentina que define que incidente es: La cuestión accesoria que se suscita durante la sustanciación de un proceso y en ocasión del mismo.

El código de procedimiento comercial, de Argentina (1938), Art. 161 a 164, se refiere a la materia de incidentes, expresando en el primero de ellos que las cuestiones que se suscitan durante la sustanciación del proceso y que tengan conexión o relación mas o menos directa con el, se tramitan por separado.

---

<sup>38</sup> Salas Vivaldi, Julio E. Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil y penal, Pág. 24 citando a otros autores.

<sup>39</sup> Ibidem.

El Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Ibero América define en su Art. 282 a los incidentes como “las cuestiones diferentes de la principal dependiente en su formulación y ordenadas en su decisión a la misma”.<sup>40</sup>

En la legislación del país en especial en el código de procedimientos civiles no se proporciona definición alguna de incidentes pero éstos si son regulados en forma dispersa en el cuerpo legal.

En la Ley Procesal de Familia que tiene una vigencia más reciente, se establece un apartado destinado a la regulación de los incidentes procesales, en este sólo se señala el momento de su interposición, trámite y resolución, sin entrar a dar una definición de incidente, esto se puede apreciar en el Art. 57 Pr F., el cual a forma de introducción únicamente hace alusión a los incidentes.

Esto no es extraño, pues se entiende que la Ley Procesal de Familia sigue la corriente moderna la cual consiste en que la ley no debe dar definiciones de cada institución regulada en razón que en la doctrina se ha definido en forma amplia que debe entenderse por cada institución y en consecuencia, mal se haría estar explicando en la ley el concepto de cada institución cuando válidamente puede remitirse a la opinión de los tratadistas.

#### **5.1.4 Definición de Incidente, Incidencia y Juicio Incidental**

“Incidente: Es toda cuestión distinta del asunto principal del juicio, pero relacionado con él, que se ventila dentro del proceso sin suspender el curso de áquel y en otras suspendiéndolo.

Incidencia: En el curso del proceso pueden suscitarse numerosas cuestiones que no se engloban dentro del trámite del incidente, por tener problemática interna y ser de fácil y rápida solución. A estas cuestiones se les denominan incidencias. Es decir, debido a la simplicidad de la cuestión, que no requiere trámite para la sustanciación de la incidencia: como son: Las cuestiones planteadas como incidentales dentro de los incidentes.

---

<sup>40</sup> Ibidem.

Juicio incidental: El proceso incidental se estructura como un proceso gobernado por una normativa propia; sin embargo depende de otro proceso principal, que “incide” y puede incluso llegar a paralizar ese u otro trámite continente. Los ejemplos más usuales en esta materia son las tercerías de dominio o de mejor derecho.

En esa hipótesis el tercerista promueve un propio proceso, verbigracia, contra el ejecutado, y contra el ejecutante, y su gestión puede llegar a tener muy importantes efectos en el trámite de su ejecución”.<sup>41</sup>

### **5.1.5 Elementos de los incidentes**

Los elementos necesarios para la existencia jurídica de los incidentes son dos:

- 1) La accesoriedad respecto del objeto principal del pleito.
- 2) Un pronunciamiento especial del tribunal.

Se considera que los elementos señalados corresponden a toda clase de incidentes, tanto ordinarios como especiales, pero con respecto a los ordinarios conviene agregar otro elemento el cual sería: 3) Que no tenga señalado una tramitación especial en la ley.

En cuanto al primer elemento el diccionario jurídico forum, define lo que es una cosa accesoria, manifestando que es “aquella cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra a la cual dependen ó a la que están adheridas.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española expresa que accesorio es todo lo que depende de lo principal o se une por accidente.

De lo expuesto se desprende que es imprescindible para la existencia de un incidente que exista una cuestión principal, el juicio, al cual acceda. Se suscitan durante la tramitación de éste, es decir, entre la presentación de la demanda y la ejecución de la sentencia, y necesitan ser solucionados previa y especialmente. Sin cuestión principal no cabe hablar de cuestión accesoria; en otras palabras sin juicio no hay incidente procesal.



Debe entonces distinguirse aquellas materias que se promueven con la finalidad de determinar cual de los litigantes es el poseedor de la razón, vale decir la cuestión principal que es objeto del juicio, de aquellas otras que se van produciendo durante el curso sobre hechos de menor entidad pero que tienen generalmente estrecha relación con el asunto fundamental del pleito. A las primeras se les suele llamar cuestiones de mérito o de fondo y a las segundas incidentales.

El segundo elemento, especial pronunciamiento: Esto significa que tan pronto la controversia accesoria está en estado de ser fallada, el juez debe dictar la respectiva resolución, sin esperar que la cuestión principal lo esté. Los incidentes planteados por separado deben resolverse independientemente uno de otros y todos ellos aisladamente de la cuestión principal, porque solo así cumple con su verdadero y legítimo rol el cual es ir clarificando el proceso y permitirle al juez una labor más fácil respecto al asunto principal, lo que a la vez, asegura una más expedita y mejor justicia.

Este pronunciamiento especial se materializa en un auto o sentencia interlocutoria. Se debe advertir que es frecuente que la resolución de un incidente aparezca incorporada en una sentencia definitiva sin que pierda su carácter propio citado.

Como antes se expresó, a los incidentes ordinarios a éstos debe agregárseles un elemento más el cual puede tenerse como un tercer elemento; y es que no tenga señalado un trámite especial en la ley: Es decir que la ley no ordene sustanciar o tramitar dicho incidente en forma especial sino que debe aplicarse el trámite general al que debe acudir cuando no existan disposiciones que asignen un trámite propio al incidente”.<sup>42</sup>

### **5.1.6 Finalidad de los Incidentes**

“El objeto de los incidentes es de clarificar los juicios, simplificando la labor del juez, desembarazar la acción principal haciendo más fácil el procedimiento, más rápido y eficiente.

---

<sup>41</sup> Chiappini, Julio O. El proceso incidental, Págs. 22 Y 23.

<sup>42</sup> Salas Vivaldi, Julio E. Ob.Cit. Págs. 32 - 35

Mediante el trámite incidental se apartan del fondo del juicio todas las materias que aunque ligadas con la fundamental del juicio pueden perfectamente sustanciarse y decidirse separadamente consiguiendo con esto hacer más fácil y expedito el procedimiento.

Los legisladores han reconocido su utilidad e importancia al incorporarlo al texto escrito de la ley, permitiendo que puedan promoverse en toda clase de juicio, dándole una tramitación breve y sencilla que simplifica el procedimiento y la labor del juez”.<sup>43</sup>

### **5.1.7 Abuso de los Incidentes**

“Desgraciadamente manifiestan tanto tratadistas como profesionales del derecho, existen litigantes sin decoro que han desvirtuado el fundamento de los incidentes convirtiéndolos en un arma contra la buena fe, entorpeciendo con incidentes que alargan indefinidamente los procesos y los difieren, además haciendo incurrir en desgaste económico al Estado y a las demás partes del proceso. Estos litigantes maliciosos que se hacen llamar incidentistas tratan por todos los medios de ganar tiempo y quebrantar mediante esta forma la resistencia que la parte contraria tenga obligándola, o bien al desistimiento de su acción, o a transigir en la cuestión principal.

Aun cuando se considera entorpecer con incidentes la prosecución del juicio principal como un principio de mala fe no deja de ser un problema que cause grave daño a los mismos litigantes y a la administración de justicia”.<sup>44</sup>

“En vista de esta situación que se presenta el legislador ha tratado de evitar que la institución de los incidentes en manos de litigantes inescrupulosos se convierta en un factor perturbador del procedimiento. Para ello se ha reglamentado de una forma más o menos rigurosa. Ha determinado la oportunidad en que debe promoverse, se han ideado medidas tendientes a restringir su número y les ha dado un trámite breve; todo con la finalidad de obtener una justicia rápida, expedita, eficaz y económica, libre de toda mala fe y de propósitos torcidos”.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Ibidem, Pág. 36.

<sup>44</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Pág. 373.

### 5.1.8 Clasificación de los Incidentes

Los incidentes pueden clasificarse desde diversos puntos de vista. Las clasificaciones que se dan son las más conocidas y surgen tanto de la doctrina como de los artículos de la ley procesal de familia.

A. Con respecto a la oportunidad procesal en que deben presentarse estos pueden clasificarse en:

- 1- Pre-procesales: O sea, anticipadamente a la formación de la relación jurídico procesal a saber. La etapa pre-procesal esta comprendida desde el momento de la interposición de la demanda hasta antes de su contestación. Ejemplo: Las medidas cautelares que son solicitadas en la demanda. Art. 75 Inc. 1° Pr F.
- 2- Procesal: Que deben tramitarse con posterioridad ha haberse configurado la relación jurídico procesal y antes de dictarse la sentencia definitiva. Ejemplo: Las excepciones dilatorias.
- 3- Post-procesales: aquellos surgidos con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia que le pone fin al proceso y que se originan como consecuencia del cumplimiento de la decisión impuesta en esta. Ejemplo: La tercería de dominio.

Excepto los post-procesales todos los restantes se pueden dar dentro del proceso incluidos los pre-procesales que también pueden adoptar tal modalidad.

B. Según el trámite:

- 1- Genéricos u ordinarios: Son aquellos que se encuentran sujetos a un trámite general que la ley establece y al que se acude cuando no existe disposición que le asignen su propio procedimiento. Ejemplo: La falsedad documental en el proceso de familia.

El trámite que se aplica a los incidentes generales es aplicable supletoriamente a los incidentes autónomos cuando éstos presentan algún vacío en su trámite, como en el caso de las excepciones dilatorias en los procesos de familia.

---

<sup>45</sup> Salas Vivaldi Julio E. Ob.Cit. Pág. 36.

Los incidentes genéricos en la ley procesal de familia son regulados a partir del Art. 57 Pr F., que es la disposición que contiene la regla general sobre la cual se sujetan todos los incidentes que no tengan señalado un trámite especial, y a partir del Art. 59 hasta el 62 Pr F., señala el trámite general al cual deberán sujetarse.

2- Autónomos, o especiales: Aquellos que han sido objeto de una específica regulación normativa en cuanto al modo en que deban suscitarse. Por ejemplo: El conflicto de competencia.

C. Con relación a la oportunidad en que deban decidirse la actuación incidental.

1- De previo y especial pronunciamiento: Cuando la decisión se dicta al finalizar el incidente que es la regla general. Se surten simultáneamente pero independiente del proceso, debiéndose suspender la sentencia hasta cuando se encuentran decididos, cuando tienen influencia en esta.

2- De no previo pronunciamiento: En el supuesto de que se decida en la sentencia.

No hay un previo pronunciamiento, sino un especial, que no pone obstáculo a la tramitación inicial.

Lo que ocurre en el caso de la proposición de la falsedad de un documento como incidente en el proceso civil.

D- Atendiendo al carácter de la decisión en que se decide el incidente se clasifica en:

1- Por auto interlocutorio: que es la regla general como es el caso de la acumulación de procesos, incompetencia, justo impedimento en los procesos de familia.

2- Por sentencia: (como sería el caso de la falsedad documental en el proceso civil).

En cuanto a esto es importante señalar que los procesos de familia debido a su brevedad en ocasiones se llega a la audiencia de sentencia sin antes haber decidido sobre los incidentes

planteados y así lo deja ver el Art. 115 Pr F., que “dice que resueltas las excepciones dilatorias que no lo fueron en la audiencia preliminar así como los incidentes y demás asuntos pendientes el juez procederá a la recepción de pruebas”.

Como se ha visto no obstante llegar a la audiencia de sentencia no les quita a los incidentes que tienen carácter de previo y especial pronunciamiento, su carácter como tal, puesto que, son decididos antes de recibir prueba y dictar el fallo y sentencia correspondiente.

E- Según tenga o no relación con el asunto principal, estos pueden ser:

- 1- Conexos: Los que tienen relación con el asunto principal del pleito.
- 2- Inconexos: Los que no tienen vinculación alguna con la cuestión principal.

Según los autores se puede distinguir entre incidentes que tienen relación con el asunto principal y los que carecen de relación con el mismo.

Vivaldi: “Expresa que a primera vista pareciera que se ha cometido un error al hablar de incidentes que no tengan conexión con lo principal, ya que es un requisito esencial de todo incidente es tener relación con el asunto principal en que se promueve. Sin embargo sigue diciendo que se ha empleado la expresión incidente en un sentido amplio, vale decir como todo lo que sobreviene en un asunto o negocio, sin mirar la relación que con el puede tener.

De este modo se confirma el exacto concepto de lo que es un incidente ya que precisamente autorizó al juez para repeler de oficio la pretensión de introducir a la litis una cuestión totalmente desvinculada de ella y esto en razón de que el asunto que se trata de promover no tiene conexión o relación con lo fundamental del litigio”<sup>46</sup> .

F- Desde el punto de vista de los efectos, los incidentes pueden ser:

- 1- Suspensivos: los que impiden la prosecución del juicio principal. Art. 58 Pr F.
- 2- No suspensivos: Los que no suspenden el trámite inicial. Art. 57 Pr F.

G- Incidentes que necesitan trámite e incidentes que no necesitan trámite:

1- Incidentes que necesitan trámite: La norma general es que los incidentes necesitan trámite.

2- Los incidentes que no necesitan trámite: Son los que se pueden resolver sin efectuar previamente los trámites de sustanciación.

El juez podrá resolver aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundamentar en hechos que consten en el proceso o sean de pública notoriedad sin dar tramitación alguna y sin dar audiencia a la parte contraria.

En cuanto a los hechos que constan en el proceso tienen que ser hechos que pueden resolverse por circunstancias que aparezcan claramente establecidos en autos, de tal manera que sobre su exactitud no haya duda alguna.

En cuanto a los hechos de pública notoriedad tienen que ser hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión.

H- Atendiendo a si se demora o no el proceso:

1- Incidentes de carácter dilatorio: Aquellos que producen una demora en la prosecución del proceso y que buscan corregir vicios de procedimiento retrasando el juicio. En esta clase están los de previo y especial pronunciamiento. Ejemplo: Las excepciones dilatorias en el proceso civil.

2- Incidentes que no tienen carácter dilatorio. Que constituye la regla general en el proceso de familia ya que los incidentes por disposición legal no demoran el proceso. Art. 58 inc.1° Pr.F.

---

<sup>46</sup> Ibidem. Pág. 48.

### **5.1.9 Características**

De la definición de incidentes y la ley procesal de familia se desprenden las siguientes características:

- 1) Accesoriedad.
- 2) Brevedad.
- 3) Sanidad procesal.
- 4) El incidente no forma pieza separada del proceso.
- 5) Resolución especial.

### **5.1.10 Naturaleza Jurídica**

Es una institución que tiene por objeto clarificar y agilizar los juicios, desembarazando el litigio de aquellas cuestiones accesorias que van surgiendo durante su tramitación.

### **5.1.11 Efecto**

Uno de los efectos de los incidentes es que por excepción en el derecho procesal de familia los incidentes suspenden el proceso y únicamente lo hacen los señalados en el Art. 58 Pr F. de la citada ley como son los siguientes: El conflicto de competencia, recusación o impedimento y la acumulación de procesos.

Pero el efecto más importante es que no puede proferirse sentencia sin resolver previamente la cuestión incidental surgida. El incidente una vez planteado sigue su curso y el proceso principal el suyo, sin embargo no puede dictarse sentencia definitiva hasta que todos los incidentes estén decididos y en firme, salvo los que deben ser decididos en ella y algunos que caben después de la misma excepcionalmente.

### **5.1.12 Trámite**

“El incidente sigue en su trámite los lineamientos generales de las tres etapas del proceso, esto es, introducción, prueba y decisión.

- 1- La fase introductiva: Comprende la petición, en la cual deben indicarse el asunto que origina el incidente, los hechos en que se fundamenta y la solicitud de pruebas, que se pretenden hacer valer. Si tales pruebas ya figuran en el proceso, bastará hacer referencia

a ellas. Al escrito deberán acompañar los medios probatorios con los que se pretenden establecer el incidente y que se encuentren en poder del peticionario.

Cuando la petición es correcta y se ha presentado en su oportunidad, se dará traslado a la otra parte, éste traslado tiene por objeto que la contraparte pueda pronunciarse respecto de la petición incidental.

2- Fase probatoria: Precluido el traslado y si las partes solicitaron pruebas, el juez debe pronunciarse sobre esas además, ordenar de oficio las que estime pertinentes o útiles. Si no hay pruebas, se decide el incidente sin necesidad de esta fase, si el asunto es de puro derecho o porque ya están aportadas al proceso.

3- Fase decisoria: Expirado el período de prueba o realizado el traslado cuando sea necesario, cuando no sea necesario practicar pruebas, bien porque es de puro derecho o porque no lo es y ya están aportadas al proceso, se profiere la decisión correspondiente en un auto interlocutorio que constituye la fase decisoria, con la cual culmina el incidente”.<sup>47</sup>

### **5.1.13 Rechazo In Limine**

La petición de una demanda o pretensión incidental puede ser rechazada In Limine por el juez.

Concepto: Según Julio O. Chiappini, el rechazo In Limine es no prestarle trámite, no admitirla, no proceder a la sustanciación, a la petición de un incidente conforme a lo establecido en la ley”.<sup>48</sup>

Siguiendo a Azula Camacho y otros autores, estos manifiestan que el funcionario debe rechazar sin trámite alguno el incidente propuesto en los siguientes casos:

1- Cuando no se encuentre establecido en la norma.

---

<sup>47</sup> Azula Camacho, Jaime. Manual de derecho procesal civil, tomo I, Pág. 416.

<sup>48</sup> Chiappini, Julio O. El proceso incidental, Pág. 30.



Esta regla no es aplicable a la legislación procesal de familia del país en razón de que esta no es taxativa, como se puede apreciar en el Art. 57 Pr F.

2- Cuando se promueva fuera del término señalado: Los incidentes no sólo están sujetos a proponerse en una etapa precisa del proceso, o sea en el curso de este y con posterioridad sino que además en cada caso particular la norma señala un término perentorio vencido el cual se pierde definitivamente la oportunidad de instaurarlo, se descartan los denominados pre-procesales, puesto que si bien se permite que se propongan previamente a la constitución de la relación jurídico-procesal esto no es óbice para solicitarlos con posterioridad a ella, aunque si antes de finalizar el proceso. Ejemplo: Las medidas cautelares ya que pueden pedirse en la demanda o en cualquier estado del proceso.

Esto se encuentra en la ley procesal de familia en el Art. 59 Pr F., “Desde la demanda hasta la celebración de la audiencia preliminar las partes pueden promover incidentes; después sólo podrán hacerlo, cuando se refieran a hechos sobrevinientes”.

Según el Art. 50 Pr F. “El demandado al contestar la demanda deberá alegar todas las excepciones perentorias y dilatorias a su favor”. Ejemplo: “en un proceso de familia, la parte demandada después de contestar la demanda, ocho días después, se presenta al juzgado solicitando en un escrito pidiendo se le diera trámite a la excepción dilatoria de informalidad de la demanda. El juez en virtud de que fue presentada fuera de término, conforme al Art. 50 Pr F. Al recibir el escrito se pronuncia declarando no a lugar por extemporánea.”<sup>49</sup> Esto tiene su fundamento con el Art. 218 Pr F., relacionado con el artículo con el 130 Pr C., parte final que expresa. “Las excepciones que propusieren fuera del término le serán rechazadas de oficio sin trámite alguno.”

3- Cuando sea improcedente: Siempre siguiendo a Azula Camacho, “se debe entender el caso de improcedencia, con exclusión del primer caso antes mencionado, a la

---

<sup>49</sup> Expediente de los Juzgados.

prohibición de volver a instaurar un incidente cuando ya está en curso o ya fue decidida el mismo en un trámite anterior”.<sup>50</sup>

Desde luego se excluye el caso en que, a pesar de tratarse del mismo asunto se configure en hechos acaecidos con posterioridad al incidente.

4- Cuando la petición no reúna los requisitos formales: “La solicitud o petición debe ajustarse a los requisitos expuestos en cuanto a la relación de los hechos y petición de prueba así como a la indicación de la materia del incidente. La omisión de cualquiera de los requisitos determinará el rechazo por parte del funcionario”.

Lo anterior no se ajusta al tipo de legislación que se tiene porque cuando se presenta la demanda y ésta presenta vacíos en los requisitos, el juez tiene la facultad para prevenir a la parte que lo subsane. Lo mismo podría aplicarse en forma supletoria a la petición de un incidente; ya que en doctrina los autores denominan a la petición de un incidente como “demanda incidental”, según los autores ésta debe reunir los mismos requisitos de la demanda.

Pero en cuanto a los requisitos la Ley Procesal de Familia es menos rigurosa y expresa: “El escrito en que se promueve un incidente no requiere formalidades especiales y bastará con indicar claramente la petición, los hechos en que se fundamenta y la mención específica de los medios probatorios”. Art. 60 Pr F.

Como ejemplo a lo antes comentado se puede citar un caso en el que a un juez de familia “se le presentó la solicitud de un justo impedimento en el cual la parte actora del incidente pidió, se diera trámite al justo impedimento, expresando los hechos en que fundamentaba su petición, pero al momento de ofrecer los medios probatorios únicamente hizo mención que para establecerlo ofrecía prueba testimonial sin nominar testigos ni señalar la dirección en que podían ser citados dichos testigos. El juez al recibir el escrito mandó a oír a la parte contraria y a la vez previno a la parte actora del incidente, que subsanara la omisión del requisito de nominar de los testigos y señalar lugar en que podían ser citados”.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Azula Camacho, Jaime. Ob. Cit. Pág. 416.

<sup>51</sup> Expedientes de los juzgados.

En el caso anterior se aprecia que la falta de requisitos en la demanda incidental en los procesos de familia puede ser subsanable, y para tal efecto pueden ser aplicados los principios dispuestos para la demanda en lo que fuere posible.

En cuanto al rechazo In Limine, en la ley Procesal de Familia no ha sido regulado en forma expresa, pero tácitamente se encuentra comprendido aunque no en la misma manera como en otras legislaciones es adoptado. Ya que solo tendrían aplicación en la ley procesal de familia cuando es extemporáneo o improcedente.

#### **5.1.14 Incidentes dentro del trámite de los incidentes**

En virtud de que los incidentes tienen un trámite similar al de un proceso; algunos autores los consideran como micro procesos dentro de uno más grande.

Y como consecuencia de ello es factible que respecto de lo debatido surjan cuestiones accesorias las cuales no tienen una actuación independiente, debiéndose ventilar conjuntamente con el asunto incidental y decidirse simultáneamente con éste.

Con respecto a esto la Ley Procesal de Familia no lo regula ni tampoco el código de procedimientos civiles, no obstante se considera importante, pues como ya se ha mencionado que pueden suscitarse cuestiones accesorias en un trámite incidental. Si bien es cierto la Ley tiene vacíos en cuanto a ello pero en virtud que el derecho es integrador, válidamente podría recurrirse a la doctrina en mención para resolver en caso de que se presente un caso como éste. Un ejemplo puede ser el siguiente: El caso de que se esté tramitando un incidente de justo impedimento y para establecerlo, la parte que lo propuso, ofrezca como prueba documental una constancia médica; entonces la parte contraria alega la falsedad del documento y para probarlo ofrece prueba testimonial u otro medio probatorio.

El Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Ibero América, únicamente hace referencia a ello en el Art. 286.1 “Admitirán solamente el recurso de reposición las resoluciones que no decidan el incidente y las que lo resuelvan, cuando se tratare de un incidente planteado dentro de un incidente o cuando lo principal no admita apelación”.

Por tal razón debería regularse en la ley procesal de familia tal circunstancia, ya que esta situación es un caso especial que podría suscitarse en la práctica.

En resumen se puede decir que los incidentes dentro de los incidentes son cuestiones accesorias que pueden promoverse, o que surgen durante el curso del incidente.

Sería absurdo pretender realizar un nuevo incidente dentro del ya planteado, pues lo desnaturaliza. Por ello se ha establecido en otras legislaciones que las cuestiones que surjan en el curso de los incidentes se decidirán en la interlocutoria que los resuelva, es decir la resolución final del incidente. Como se observa los incidentes dentro de los incidentes vienen a ser propiamente incidencias, y constituyen una ampliación de la cuestión incidental.

Pero se es necesario tener presente que, aquellos incidentes que surgen posteriormente al inicio de un incidente no pueden incluirse en el mismo trámite del ya iniciado porque no es accesorio de éste sino que se trata de uno independiente y por lo tanto debe dársele un trámite por separado.

## **5.2 TÍTULO II**

### **INCIDENTES GENERALES U ORDINARIOS**

Como una antesala al desarrollo del presente título, el lector encontrará un listado de los Incidentes Ordinarios que podrían producirse en los procesos de Familia. Al momento de la lectura de éste listado tómesese en cuenta que estos incidentes se presentan acompañados de su respectivo momento procesal en que pueden originarse y que no interrumpen el proceso por disposición expresa de Ley.

<b>Incidente</b>	<b>Momento procesal</b>
Modificación y extinción de medida cautelar	Preprocesal, procesal y postprocesal
Levantamiento de medida cautelar solicitado por un tercero	Preprocesal, procesal y postprocesal
Litisconsorcio e intervención de terceros	Preprocesal y procesal

Justo Impedimento	Preprocesal y procesal
Justo impedimento para cambio de testigo	Procesal
Oposición a la admisión o recepción de prueba	Procesal
Oposición a la recepción de prueba anticipada	Procesal
Exclusión de bienes propios en inventario de los Bienes de la Comunidad Diferida	Procesal
Ejecución de Suma Ilíquida	Postprocesal
Objeción de cuenta rendida por tutor	Postprocesal
Falsedad Documental o falsedad civil	Procesal y postprocesal
Verificación de los instrumentos privados	Procesal y postprocesal
Nulidad Procesal	Preprocesal y procesal.

### **5.2.1 MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR**

Cuando se ha impuesto una medida cautelar ésta puede ser: Modificada, sustituida o cesada. Esto puede ser realizado por el Juez a petición de parte o de oficio, según el artículo 77 Pr F. No obstante existen casos en que únicamente puede ser realizada a petición de parte debido al carácter de las medidas cautelares puede ocurrir que la parte quien la soporta, por la presión psicológica y el agravio de la medida se oponga a ésta, o por el contrario que la parte que las solicitó no sea protegida en forma eficaz por la misma.

De lo anterior se deduce que las partes tienen las siguientes facultades:

1º- Para la parte que obtuvo la medida:

a) Ampliación:

Ejemplo: Elena demanda a Enrique por Violencia Intrafamiliar y solicita como medida que Enrique sea excluido de la vivienda, el Juez accede a la medida que se pide y a la vez señala un régimen de visitas para que pueda relacionarse con sus hijos; señalando que podría visitarlos en su casa en horas hábiles, pero en razón que el demandado emplea los días de visitas para maltratar física y psicológicamente a su esposa, ésta solicita se amplíe la medida en el sentido de que le suspendan el régimen de visitas y se le restrinjan frecuentar la casa o lugares en que pueda encontrarla.

b) Mejora.

Ejemplo: Juan es condenado al pago de alimentos, y por haber incumplido éste con lo ordenado en la sentencia, su hijo Marcos reclama el cumplimiento de la sentencia solicitando en el mismo escrito que se traben embargo sobre un inmueble propiedad de Juan; debido a hechos de la naturaleza la casa se deteriora y ya no es suficiente garantía para el cumplimiento de la sentencia y por consiguiente solicita se mejore la garantía trabando embargo en otros bienes.

c) Sustitución

Ejemplo: Hernán es condenado al pago de pensión compensatoria a favor de Ana, por incumplimiento de la sentencia. Ana solicita sea ejecutada la sentencia y a la vez solicita sean secuestrados bienes, posteriormente debido a que teme el deterioro de los bienes secuestrados, pide se sustituya la medida cautelar impuesta por la de embargo del sueldo de Hernán.

2o Para la parte que soporta la medida:

a) Levantamiento.

Ejemplo: María demanda a Ernesto por violencia intrafamiliar y solicita en el proceso que se le imponga la medida de exclusión del hogar familiar. Una vez impuesta, Ernesto se presenta reclamando se levante la medida manifestando no ser ciertos los hechos alegados por la parte actora y pide su levantamiento.

b) Reducción.

Ejemplo: David quien ha sido condenado al pago de pensión compensatoria a favor de Gloria. Debido a su incumplimiento se inician las diligencias de ejecución de la sentencia, trabándose embargo en dos bienes inmuebles del mismo, el demandado al tener conocimiento de la medida impuesta, solicita se reduzca a solo uno de los inmuebles, pues expresa que con uno es suficiente para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

c) Sustitución.

Ejemplo: Atilio quien tiene calidad de demandado, en un proceso por cuota alimenticia y reconocimiento forzoso de hijo; en dicho proceso se le ha impuesto la medida cautelar de Anotación preventiva de la demanda. Este se presenta al Juzgado solicitando se levante la medida impuesta por manifestar existir contrato de Promesa de Venta sobre bienes de su propiedad en los cuales se ha cumplido la condición, y para efectos de poder cumplir con el contrato le es necesario que sea levantada la medida, por consiguiente ofrece fianza suficiente para garantizar las resultas del proceso.

Para que se realice la modificación o extinción de la medida cautelar solicitada por la parte, debe sustanciarse, es decir, escuchar a las partes para que éstas ofrezcan los argumentos y las pruebas necesarias con las cuales se pueda sustentar que las medidas no son suficientes para garantizar las resultas del juicio o para proteger a la persona cuando se trata de la ampliación; que la garantía ha disminuido y que por tanto debe ser mejorado; o que sustituya por una que garantice mejor el derecho. Lo anterior en el caso que se trate del solicitante.

Cuando se trate del solicitado o afectado, puede ser que éste pida su levantamiento, pero para ello deberá establecer: Que las condiciones por las que le fue impuesta la medida cautelar ha desaparecido; que la medida impuesta excede a la necesidad reclamada; o que ofrezca una medida diferente a la impuesta para garantizar el derecho reclamado.

Para la sustanciación de este incidente, la ley no señala un trámite especial, pero en el Art. 131 Pr F., inciso 4° se hace mención que “cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que se levanten por medio de incidente las medidas cautelares que afecten sus bienes propios”. Si bien es cierto este artículo se refiere al levantamiento de medidas cautelares como la anotación preventiva de la demanda, el secuestro o embargo de bienes dictado en el caso de disolución judicial de la comunidad diferida de los cónyuges, pero puede considerarse que dicho trámite se aplique en forma extensiva a todos los casos en que se imponen medidas cautelares, y se pida su modificación o extinción puesto que el Art. 77 Pr F., no hace ninguna referencia al trámite que deberá aplicarse en estos casos.

Además la aplicación del trámite de los incidentes al caso en estudio es sostenido por

los tratadistas del derecho<sup>52</sup> y por el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Ibero América, al expresar en el Art. 276 n° 4: El Juez tiene la facultad de “disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada siguiéndose en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes”.

Es decir, que pueden aplicarse a los casos comentados los artículos 57, 59, 60, 61 y 62 de la Ley Procesal de Familia, que hablan del trámite general de los incidentes, el cual es el aplicado cuando un incidente no tiene señalado un trámite específico. En la práctica este incidente puede suscitarse como Procesal y Post procesal. Es importante señalar, además que este tipo de incidente no es usado por los litigantes, ya que cuando se imponen medidas cautelares las partes optan por hacer uso del recurso de revocatoria o de la apelación. Arts. 150 y 153 Pr F. lit. f).

No obstante este incidente podría tener aplicación principalmente cuando ya ha pasado el período que confiere la ley para hacer uso de los recursos que ésta franquea una vez dictada la resolución. Arts. 151 inc. 1° y 156 inc. 1° Pr.F.

Como ejemplo de este incidente se menciona el siguiente caso: Bertha demanda a Esteban en juicio de divorcio por la causal de separación de un año o más, en el escrito de demanda solicita la anotación preventiva. Una vez anotada la demanda, el demandado solicita sea levantada la medida, ofreciendo fianza suficiente para garantizar las resultas del juicio.

### **5.2.2 LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR SOLICITADO POR TERCERO**

---

<sup>52</sup> El actor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. El demandado podrá requerir la sustitución de una medida cautelar, por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el Derecho reclamado. Podrá asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si corresponde.

La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias. Éste, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”. (Alvarez Julia, Luis. Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 424).



Previamente al entrar al estudio de este tema, es importante señalar que las partes de los procesos pueden pedir medidas cautelares, formando parte principal del incidente surgido. Dichas medidas cautelares sólo podrán ser soportadas por éstas.

Las medidas cautelares que son solicitadas por las partes, en ocasiones suelen recaer en bienes de un tercero el cual se ve en la necesidad de pedir que se levante la medida.

Éste es un caso especial en el cual un tercero ajeno al proceso interviene solicitando por medio de un incidente, el levantamiento de la Medida Cautelar con el propósito de evitar el daño que le ocasiona la medida impuesta.

Es decir que cuando se dicta una medida cautelar de índole patrimonial como es el secuestro o el embargo destinado a garantizar las resultas del juicio, ésta puede afectar o repercutir sobre los derechos de personas que no están vinculados al proceso; las cuales pueden solicitar intervenir como terceros con el objeto de oponerse a la Medida Cautelar y pedir el levantamiento de dicha medida. Esta acción del tercero puede darse como: Preprocesal, procesal y post procesal pero en este último caso únicamente operará el incidente de levantamiento de Medida Cautelar, cuando la oposición a la traba del embargo haya sido anterior a que éste se efectuara, ya que si dicha oposición fuese posterior a haberse trabado el embargo se estaría ante una tercería de dominio y no frente a este tipo de incidente.

Con respecto al incidente de levantamiento de embargo en la etapa de la Ejecución de la sentencia, el Art. 718 del Código Civil, expresa que el tenedor de un título inscrito tendrá derecho para oponerse que se embarguen los bienes inmuebles a que el título se refiere.

En este caso el juez sin más trámite que la audiencia a la parte contraria ordenará que no se embarguen los bienes o que no se inventaríen”. Según Humberto Tomasino, “puede ocurrir que aunque habiéndose opuesto el tercero al embargo el juez executor lo trabe, ya sea por malicia o por ignorancia que es lo que regularmente sucede, el juez al presentar el tercero su solicitud de desembargo, sin más trámite que la audiencia a la parte contraria deberá

ordenar el desembargo si el deudor carece de título inscrito que se refiere al inmueble embargado”.<sup>53</sup>

### **5.2.3 LITISCONSORCIO E INTERVENCIÓN DE TERCEROS**

Ambas figuras procesales, se encuentran comprendidas en un género mejor conocido como: “Proceso con pluralidad de sujetos”, el cual consiste en la participación en el proceso de varios sujetos con diferentes posiciones o relaciones jurídicas, saliéndose del contexto de simplicidad del proceso de un demandante y un demandado.

#### **5.2.3.1 Litisconsorcio**

“Consiste en la existencia de varios sujetos ubicados en la posición de demandantes o demandados, o en ambos extremos simultáneamente”.<sup>54</sup> Es decir, que existe un conjunto de personas como demandantes o como demandados en un solo proceso. Nota distintiva del litisconsorcio es que la persona para constituirse en parte debe ser titular de un derecho sustancial que pretende hacer valer, según lo establece el Art. 13 Pr F. inc.1°: “Podrán intervenir en el proceso los terceros que sean titulares de un derecho vinculado al objeto de la pretensión y puedan resultar afectados por la sentencia”.

#### **a) Denominación**

Cuando hay pluralidad de demandantes, a esto se le conoce como litisconsorcio activo.

Cuando la pluralidad se da en la posición del demandado, se le denomina como litisconsorcio pasivo.

Si en ambos extremos hay varias personas en calidad de partes del proceso, a esto se le conoce como litisconsorcio mixto.

#### **b) Clasificación**

El litisconsorcio puede ser:

a) Facultativo o voluntario, Art. 14 Pr F.

---

<sup>53</sup> Tomasino, Humberto. EL juicio ejecutivo, Pág. 163

<sup>54</sup> Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, tomo I, Pág. 563.

b) Necesario, Art. 15 Pr F.

Como ejemplo de litisconsorcio voluntario se presenta el siguiente caso:

Miguel y Estela reuniendo sus pretensiones en un mismo escrito, demandan a su padre Carlos en juicio. El primero reclamando cuota alimenticia y la segunda por cuota alimenticia y Declaración Judicial de Paternidad, presentando la demanda al juzgado para que se inicie el proceso contra Carlos.

Es decir, en éste caso la pluralidad de sujetos se conforma desde la presentación de la demanda.

De los ejemplos anteriores se puede apreciar que el litis consorcio voluntario se origina cuando un tercero comparece al proceso solicitando intervenir por tener una pretensión que es conexas con la que se esta discutiendo.

Es decir que “el litis consorcio facultativo o voluntario se configura cuando un tercero interviene por iniciativa propia en el proceso con una pretensión propia e independiente de la demanda pero paralela a esta en virtud de la conexidad o afinidad que existe entre ellas”

55

Un ejemplo del litisconsorcio necesario pasivo es el siguiente:

Tomás demanda a Iván, René y Luis, como herederos del causante, en juicio de reconocimiento forzoso de hijo. En otras palabras hay un demandante y forzosamente tres demandados, aunque en estricto derecho el demandado es uno: La Sucesión.

Por medio del ejemplo anterior se puede decir que el litisconsorcio necesario es aquel en donde la sentencia no puede ser dictada sino están todas las personas reunidas como partes. O sea, que “la relación es única y vincula a todos los intervinientes en forma indivisible, aparece por los efectos inevitables de la sentencia, esto quiere decir que si la sentencia se

---

<sup>55</sup> Azula Camacho, Jaime. Manuel de derecho procesal civil, tomo II, parte general .Págs. 66 y 67

dicta sin juntar a las partes, la misma es inaplicable porque afectaría a éstas. Por lo tanto se hace necesario la participación de las distintas personas en un mismo proceso”.<sup>56</sup>

### **5.2.3.2 Intervención de Terceros**

Un tercero es, en el lenguaje común, toda persona que no tiene interés en el pleito. Pero en el lenguaje jurídico procesal y desde el punto de vista estricto intervención es: “El ingreso de un tercero en un proceso pendiente entre dos con un interés propio”.<sup>57</sup>

“Para que opere dicha intervención se requiere que el interés en la existencia de un proceso en el cual no son partes, o en el resultado del mismo, sea conexo, propio y actual en una causa pendiente”.<sup>58</sup> “La intervención de terceros está fundamentada en el Derecho de Defensa en juicio y procede cuando un acto procesal tiene efectos o consecuencias sobre el derecho del tercero. Pero si bien los terceros no pueden ser perjudicados por la sentencia pronunciada entre otros, su posición jurídica o las relaciones jurídicas de las que son titulares, pueden sufrir consecuencias indirectas de la sentencia ajena”.<sup>59</sup>

#### **a) Clasificación**

La intervención de terceros puede ser de dos clases:

- a) Intervención adhesiva o accesoria;
- b) Intervención principal o excluyente.

#### **i) Intervención Adhesiva**

La doctrina ha tomado la intervención adhesiva al referirse al tercero coadyuvante, el cual interviene en una causa como ayudante o colaborador de una de las partes. Por ello, todo cuanto él hace en el proceso está subordinado a la parte que apoya por un interés de derecho, esto es, una relación jurídica que es conexa con el objeto del litigio. O también por un interés de hecho.

---

<sup>56</sup> Falcón, Enrique M. Elementos del derecho procesal civil, Pág. 274

<sup>57</sup> Ibidem. Pág. 274.

<sup>58</sup> Ibidem. Pág. 284.

<sup>59</sup> Ibidem.

El coadyuvante es admitido en la causa en el estado en que ésta se encuentre, y realiza incluso los actos que la parte con la que colabora omite y que puede beneficiar a la parte, o sea que el tercero adhesivo no promueve el juicio, sino que todo lo que hace es por un hecho ajeno cuya consecuencia negativa va afectarle, por lo que el interés en la causa es un interés jurídico y seriamente fundamentado. Art. 17 inc.1° Pr F.

Ejemplo: Flor inicia proceso de liquidación de régimen patrimonial de la comunidad diferida en contra de Mauricio; Walter al tener conocimiento del proceso iniciado y siendo acreedor del demandado solicita intervenir en el proceso por considerar que la actitud que Mauricio tomará en el proceso le causará grave daño, pues en razón de ser grande la deuda que tiene con él considera que éste preferirá que sus bienes queden a su esposa inclusive los que forman parte de su patrimonio personal.

### **ii) Intervención Excluyente**

Es aquella que opera cuando un tercero ingresa a un proceso haciendo valer una pretensión contradictoria a la del demandante y a la del demandado. Es decir, que realiza su propia petición y actos procesales asumiendo su intervención características propias.

El Art. 17 inc. 2o Pr F., establece que: “Los terceros excluyentes también tomarán el proceso en el estado en que se encuentre y podrán proponer las pruebas necesarias para la defensa de sus pretensiones”; es necesario recordar que el tercero no tiene la calidad de parte plena en el proceso y únicamente tiene un interés jurídico seriamente fundamentado en la causa. Como ejemplo se menciona el caso siguiente:

“En un juzgado se presentó la demandante “A” reclamando la declaración de unión no matrimonial con “B” quien ya había fallecido. Después de incoado el proceso, el juez tuvo conocimiento de que el demandado “B” había convivido por varios años con otra señora con quien había procreado familia. En vista que existía un interés sobre la causa. El juez resolvió ordenando integrar el litisconsorcio; en consecuencia mandó a emplazar a los interesados que conformarían el litisconsorcio necesario para que contestaran la demanda dentro de los quince días contados a partir de la notificación”.<sup>60</sup>

El caso anterior es muy importante porque la pretensión de la persona que ingresó al proceso es excluyente, porque también pretende la declaratoria de unión no matrimonial y por el hecho de ser opuestas las pretensiones no puede dar lugar a un litisconsorcio; ya que el litisconsorcio requiere que la persona que ingresa al proceso se identifique con una de las partes, cosa que no acontece en el presente caso.

En cuanto a la integración del litisconsorcio necesario éste puede ser integrado en cualquier estado del proceso antes del fallo. Art. 16 inc. 2° Pr F.; lo mismo sería en el caso de la intervención de terceros. Art. 17 Pr F.

En la práctica cuando se presenta uno de estos casos para efecto de ordenar su integración únicamente se apersona el interesado y el juez resuelve sobre lo expuesto en el escrito de presentación, sin más trámite, es decir, resuelve de plano.

En relación a esta práctica cabe hacer el siguiente análisis: Como es comprensible la resolución que se emita tendrá un efecto en el proceso, y repercutirá de alguna manera a las partes que lo conforman, esto da lugar a pensar que sería mejor aplicar un tratamiento diferente a este.

Dicho tratamiento debe ser un trámite incidental, pues como es de señalar el Art. 57 Pr F., al referirse a incidentes dejó la puerta abierta para que se pudiera debatir cualquier clase de incidente teniendo en cuenta que la finalidad de esto es de depurar y sanear el proceso.

Al respecto Véscovi al referirse a la intervención de terceros expresa que: “En general los códigos no establecen la intervención de terceros expresamente, y algunos ni tácitamente. Se entiende sin embargo, que la solución lógica (refiriéndose al trámite para integrar terceros) puesto que el juez debe verificar los presupuestos (competencia, conexidad, interés, etc.) que hagan admisibles la intervención, y si no se cumplen, rechazará la tercería, por lo cual, se considera que hay una cuestión (incidental) de previo y especial

---

<sup>60</sup> Expedientes de los Juzgados.

pronunciamiento. No es posible que, sin más, se introduzca un tercero y haya que sustanciar todo el proceso principal con su intervención”.<sup>61</sup>

Como se ha anotado, Véscovi opina que a la incorporación de un tercero al proceso debe dársele un trámite incidental; pero tomando esto en una manera más extensiva y llevarla incluso hasta incorporar al litisconsorcio necesario; pues como se ha venido hablando, que las instituciones en estudio permiten una intervención de sujetos que se encuentran fuera de la relación procesal, y que mediante esto se integran y que pueden en alguna manera afectar los intereses que las partes tienen en el proceso. Mediante el trámite del incidente válidamente podría concedérsele a las partes la oportunidad para que viertan su opinión sobre la procedencia o improcedencia de dicha incorporación al proceso, y que puedan ofrecer las pruebas para sustentar lo expresado permitiendo con ello que la resolución que se dicte en torno al incidente, goce de una certeza y seguridad en relación a la admisión o no admisión de la persona que pretende ingresar al proceso y por sobre todo respetando el derecho de audiencia y defensa de las partes.

Esta posición expresada es compartida también por el Dr. Valencia y otros abogados que han sido entrevistados, quienes manifiestan que si se le da trámite incidental a esto, se faculta a la parte para que pueda oponerse y ofrecer prueba cuando lo considere necesario para evitar que se incorporen terceros al proceso que no van a venir más que sólo a afectarlas en sus pretensiones. (Ver anexo 5)

#### **5.2.4 JUSTO IMPEDIMENTO**

Con relación a este tema, no existe una definición doctrinaria que conceptualice el Justo Impedimento. Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles, hace referencia a esto en el Art. 229, expresando que: “Al impedido con justa causa no le corre término, ni se le considera rebelde para tener por contestada la demanda ni por desierta la acción”.

El Dr. Francisco Arrieta Gallegos, hace un comentario de este artículo diciendo: “Que el artículo 229 Pr C., contiene un principio procesal, que aunque está contenido en el Capítulo III, que trata de la contestación de la demanda y de la Reconvencción o mutua petición, del título III, del libro Primero, también es aplicable, como dice el referido artículo, de que no

---

<sup>61</sup> Véscovi, Enrique. Teoría general del proceso, Pág. 176.

se considera rebelde al demandado para tener por contestada la demanda, ni por desierta la acción; tampoco se tendrá por reconocido un documento privado o por confesa a una persona; si por un justo impedimento no concurriere a la segunda cita que se le hiciera. Arts.537-540, 1035, 1039 y 1043 Pr.C. En este caso, el legislador obra con verdadera justicia y equidad.”<sup>62</sup>

#### **5.2.4.1 Aplicación de Justo Impedimento en materia Procesal de Familia.**

En materia de familia, las figuras de la rebeldía y de la deserción no son aplicables, ya que en cuanto a la deserción esta opera cuando el impulso del proceso es a instancia de parte como en el procedimiento civil y así lo expresa el Art. 1299 Pr C: “Ninguna providencia judicial se dictará de oficio por los jueces o tribunales sino a solicitud de parte...” en esto se denota lo anteriormente expresado. Y por consiguiente la Deserción no puede ser aplicada en materia procesal de familia, porque en ésta el impulso del proceso es de oficio y así está expresado en el Art.3 lit. b):“Iniciado el proceso este será dirigido e impulsado de oficio por el Juez”.

En cuanto a la rebeldía ésta no es aplicable por disposición expresa de la ley estipulada en el Art. 92 Pr F., el cual expresamente establece que “en los procesos de familia no habrá declaratoria ni acuse de rebeldía”.

No obstante esto el principio contemplado en el Art. 229 Pr C., constituye un principio general del derecho, el cual es aplicable en materia procesal de familia a efectos de que los intervinientes en la misma puedan justificar las circunstancias que les han impedido cumplir con las cargas procesales. (Ver anexo número 6 Romano IV).

Dentro de este incidente surgen dos elementos los cuales sustentan el origen o fundamento del Justo Impedimento, y éstos son:

- Caso fortuito y
- Fuerza mayor.

---

<sup>62</sup> Arrieta Gallegos, Francisco. Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales, Págs. 237 y 239.



El artículo 43 del Código Civil al referirse a éstos expresa que: “Fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de un enemigo, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

En este punto el Código Civil no hace distinción entre caso fortuito y fuerza mayor; no obstante la doctrina especifica la diferencia entre una y otra definiéndolas de la siguiente manera:

**Caso fortuito:** Es el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación.

**Fuerza mayor:** Es el hecho del hombre, previsible pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. (Ver anexo número 6 Romano IV. Párrafo segundo).

Es decir, que “el caso fortuito guarda relación con los hechos de la naturaleza, por ejemplo: el desbordamiento de un río, los terremotos, las tempestades (huracanes), las pestes, los incendios. En tanto que la fuerza mayor se origina en hechos lícitos o ilícitos del hombre, como la guerra, la coacción material en el caso de las huelgas y otros similares”.<sup>63</sup>

Se tiene establecido por criterio de Cámara, que el Justo Impedimento debe tramitarse por vía incidental, en dicho criterio se sostiene que este principio es general del Derecho que trata de una norma abierta, con carácter general extensiva no sólo a las partes, sino a todas aquellas personas que deban intervenir en el proceso.

El criterio de Cámara anteriormente mencionado comprende la resolución de la Cámara de la Sección del Centro que en lo esencial dice así:

“En un juicio de familia por Modificación de Sentencia de “A” contra “B”, la juez a quo dictó una sentencia interlocutoria en la cual declaró sin lugar la solicitud hecha por el

apoderado de la demandante, respecto a que se le notificara nuevamente el decreto de admisión de la demanda basando su resolución en considerar que el hecho alegado como incidente por el recurrente no es de los que regula el Art. 57 y siguientes de la Ley Procesal de Familia que el auto en que se admitió la demanda se notificó en legal forma; y que la sola circunstancia que él haya estado fuera del país cuando se le notificó la resolución no basta para que el tribunal ordene que se efectúe nuevamente ese acto de comunicación. El apelante argumentó que los supuestos contenidos en el artículo 58 Pr F., como son:

Conflicto de competencia, recusación e impedimento y la acumulación de procesos no son los únicos casos que deben tramitarse por vía incidental; puesto que la mención que hace dicho artículo es enumerativa, por lo que debe dilucidarse por esa vía toda cuestión accesoria del proceso, conforme al Art. 57 Pr F. por consiguiente, pidió que se ventilara mediante incidente la cuestión alegada, debido a que el día que fue notificada la admisión de la demanda, se encontraba fuera de la República; de ahí que según el principio general del derecho relativo a que el impedimento con justa causa no le corre término, porque se vió limitado para pronunciarse respecto a esa resolución que además incluyó el rechazo de la pretensión de daño moral por resultar improcedente y así hacer efectivo los derechos de la parte que representaba. Art. 229 Pr.C.

El apelado al responder agravios solicitó la inadmisibilidad del recurso manifestando que el apelante debió cumplir con todas las obligaciones de Procurador; entre éstas las contenidas en el artículo 115 ordinales 4o y 5o Pr C., de otro lado sostiene el apelado, que el Art. 229 Pr C., fundamento legal del apelante, se refiere únicamente a la intervención de la parte demandada y no de la actora.

Los Magistrados de Cámara al respecto, del caso consideran que “el Art. 229 del Código de Procedimientos Civiles constituye un principio general y que se trata de una norma abierta con carácter general del derecho, además expresa el valor justicia y por su naturaleza es aplicable a todas aquellas situaciones jurídicas que representan para el particular cargas procesales, ya sea respecto de situaciones que le afecten o que le beneficien y que por la

---

<sup>63</sup> Osorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Pág. 114.

conurrencia de causas que encajan dentro de este principio, no le sea posible su cumplimiento en tiempo”.

“El principio del Art. 229 C. Pr C., por tratarse de una cuestión incidental debe solicitarse por quien padeció el impedimento y darse el trámite respectivo, para probar con los medios pertinentes los hechos alegados que le impidieron estar presente en la República, al momento de la notificación”. Explicaron los Magistrados de la Cámara. Así mismo hicieron un recordatorio de lo que es, en sí un incidente, refiriéndose de la siguiente manera: “El incidente se trata de una cuestión accesoria que se plantea dentro del proceso o con motivo de él, pero siempre dentro del curso de la instancia; debiendo ser amplia por consiguiente, toda interpretación que se realice de los Arts. 57 y 58 de la Ley Procesal de Familia, que como ejemplo citan los casos allí mencionados. De otro tanto la experiencia forense indicará otros supuestos incidentales, tales como el justo impedimento aquí estudiado, las nulidades y la denegación de prueba anticipada, entre otros”.

Finalmente la Cámara concluye con lo siguiente: “Corresponderá al Juez que conoce del proceso, hacer lugar o no al impedimento que alega el recurrente, calificando si se trata de un caso de fuerza mayor que sea atendible, Arts. 60 y 61 Pr F., sin que la solución corresponda a un pre-juzgamiento por la Cámara.

La cuestión que motivó el fallo, se decidió en forma afirmativa; en el sentido que procedía tramitar por medio de incidente el impedimento con justa causa contenido en el Art. 229 Pr C. En consecuencia y con fundamento en los Arts. 43 Código Civil; 57 y siguientes, 160, 161, 218 PrF., y 229 del Código Procesal Civil, la Cámara resolvió: Revocar la resolución impugnada que desestimó la petición incidental y en consecuencia, ordenó tramitar el incidente respecto a los hechos alegados”. (Ver anexo 6).

En el caso anterior puede apreciarse claramente la dificultad que presenta la deficiencia en torno al desconocimiento de los incidentes que pueden darse en materia Procesal de Familia.

Y por otra parte, se sustenta que se tramite por vía incidental el Justo Impedimento.

#### **5.2.4.2 Justo Impedimento para Cambio de Testigo**

Otra cuestión importante a analizar dentro de este tema es que existen ocasiones en las que debido a diversas razones los testigos que las partes ofrecen en la demanda, no pueden comparecer a rendir su testimonio, motivo por el cual se ven obligados a solicitar que se sustituya por otro testigo.

Es de considerar que si bien es cierto la Ley Procesal de Familia en su Art. 44 inc. 2º, señala que deben nominarse los testigos en la demanda o en la contestación de la demanda; el motivo de esto es por el principio de inviolabilidad de la Defensa y por el Principio de Lealtad Procesal para que las partes tengan conocimiento de que prueba van a tener que defenderse pero dicha prueba se recibirá hasta la audiencia de sentencia. Art. 116 Pr F.

Puede ocurrir como ya se mencionó que el testigo no pueda comparecer a rendir su testimonio y que por consiguiente la parte solicite se sustituya el testigo. Dicha sustitución si no fuese permitida dejaría a la parte impedida para poder establecer sus pretensiones o de defenderse de su contraparte.

Pero también esto de permitir la sustitución sin más trámite que la solicitud, podría dar lugar a maniobras fraudulentas de las partes de manera que podrían ofrecer testigos y luego sustituirlos; atentando contra el Principio de Lealtad y Defensa Procesal.

En relación a este punto, un Juzgado de Familia ha resuelto, darle trámite de incidente a la solicitud, puede decirse que está apegado a Derecho ya que la ley al referirse a los incidentes en general, no menciona cuáles pueden darse sino que solamente menciona que “se tramitaran por vía incidental toda cuestión accesoria”. Art. 57. Pr F.

En el caso cuando los testigos no pueden comparecer y se solicita se sustituya por otro se está frente a algo accesorio en el proceso ya que tendrá un efecto dentro del mismo, tanto su admisión como su denegatoria, por lo tanto se está ante un incidente procesal; el cual no va en contra de los Principios de Lealtad e Inviolabilidad de Defensa porque se pone en conocimiento de la parte contraria tal pretensión, a la cual ésta también puede oponerse y

defenderse ofreciendo prueba en contrario sobre lo mismo. Como ejemplo de ello puede citarse el siguiente caso:

“En un juicio de “A” contra “B”, al interponerse la demanda se ofreció como prueba a “H” y a “Z”, una vez realizada la audiencia preliminar y en razón de que el actor no había proporcionado la dirección de los testigos, se le previno la proporcionara para poder citarlos. La parte actora mediante escrito subsanó dicha prevención y a la vez dió el nombre de “T”, a quien pidió se admita como testigo en sustitución de “H”, por expresar que el testigo nominado en la demanda había cambiado de dirección y se desconocía su residencia actual.

El Juez ante lo pedido resolvió: Que previo a acceder a la sustitución de testigos solicitada por la parte demandante previno manifestar los motivos por los cuales el testigo no podía comparecer cuando el juez lo requiriera.

Una vez subsanada la prevención el juez mandó a oír a la parte contraria. Art. 61 Pr F.

La parte demandada al contestar manifestó que de conformidad al Art. 2 Pr C., relacionado con el 218, 44 y 46 Pr F., la etapa procesal de ofrecer prueba como la testimonial a fenecido y por lo tanto no procede lo solicitado, ya que el Art. 44 inciso último Pr F., reconoce la excepción cuando un medio probatorio deba ser aportado después de la contestación de la demanda, si es un hecho sobreviniente o relacionado con los hechos que el demandado aduzca en la contestación. Y el hecho de impedimento de testigo no es nuevo, porque las pretensiones son las mismas dado que no hubo contestación, por lo que el legislador fue claro al respecto y por ello pidió celebrar la audiencia con los testigos indicados en la demanda.

En la audiencia de Sentencia, conforme al Art. 115 Pr F., se procedió a resolver el incidente después de constatada, la presencia de las partes, el Juez procedió conforme al Art. 61 Pr F., a resolver el incidente propuesto por la parte actora en razón de sustituir al testigo. Para ello el actor ofreció como prueba para establecer el Justo Impedimento de la incomparecencia del testigo, prueba testimonial, se procedió a juramentar a éstos de

conformidad al Art. 311 Pr C., luego fue interrogado por el actor y por la parte demandada. Por último fue interrogado por el Juez, acto seguido se le concedió la palabra al apoderado del demandado para verter su argumento sobre el incidente, lo mismo que al apoderado del demandante. Posteriormente el Juez resolvió admitir como testigo a “T” en sustitución de “H”, por haberse demostrado el Justo Impedimento alegado por la parte demandante manifestando que no se ha violado ningún principio que impida el proceso de familia, puesto que se ha garantizado que ambas partes tengan conocimiento de la prueba que se va a aportar dentro del proceso”.<sup>64</sup>

#### **5.2.4.3 Justo Impedimento antes de Audiencia**

Algo importante en relación al Justo Impedimento es, que cuando se tiene conocimiento de un Impedimento para acudir a la audiencia y éste es anterior al día de su realización, esto debe argumentarlo y probarlo antes de su celebración, pues así se tiene dispuesto en el Art. 101 de la Ley Procesal de Familia, el cual expresa que “antes de la audiencia las partes deberán probar Justo Impedimento para no comparecer personalmente, en cuyo caso el Juez señalará nueva fecha dentro de los 15 días siguientes”.

Sin embargo, en la práctica existen litigantes que pretenden hacer valer el Justo Impedimento después de la audiencia, cuando tenían conocimiento del impedimento de la clase que fuere enfermedad, ausencia u otro motivo, con anterioridad a la fecha de la audiencia, lo cual les impediría acudir a la misma, en este caso es improcedente su reclamación, después de pasado el momento procesal para hacerlo. Diferente acontece cuando el impedimento ocurre el día y antes de la hora de la audiencia, como sería el caso de que el abogado y su representado se trasladan en automóvil y en la carretera sufrieran un accidente, en este caso válidamente pueden alegarlo posteriormente ya que no podían alegarlo con anterioridad, y de probarse deberá señalarse una nueva audiencia si se tratara de la Preliminar. Este tipo de incidente únicamente puede presentarse como procesal.

#### **5.2.5 OPOSICIÓN A LA ADMISIÓN Y RECEPCIÓN DE PRUEBA**

---

<sup>64</sup> Expedientes de los Juzgados.

En materia procesal de familia son admisibles todos los medios probatorios reconocidos en el Proceso Común, inclusive la prueba científica. Art. 51 Pr F.

Puede acontecer que en el curso de las audiencias una de las partes se oponga a que sea admitida o recibida como prueba alguna de las ofrecidas por su contraparte; este caso puede darse al momento de ordenación de prueba dentro de la audiencia preliminar en la cual el juez admite o rechaza las pruebas ofrecidas, en este momento las partes pueden oponerse a que se admita algún tipo de prueba ofrecida por su contraparte argumentando que es impertinente o innecesaria. A dicha solicitud deberá dársele un trámite de incidente a efecto de que la parte que ha propuesto la prueba, pueda defender su posición respecto a la prueba ofrecida. También puede suceder que en la audiencia de sentencia una de las partes se oponga a que sea recibida la prueba presentada por su contraparte. Art. 109 Pr.F.

El Juez en base a los argumentos y la prueba aportada podrá establecer su procedencia o improcedencia dentro de la causa para su admisión o denegatoria.

Al respecto puede citarse el caso que se presentó en la continuación de la audiencia de sentencia: “El apoderado del demandado propuso como incidente que no se admitiera el testimonio de un testigo quien no compareció a la audiencia anterior, no obstante estar citado legalmente. El Juez, del incidente planteado con fundamento en el Art. 57 y siguientes Pr F., mandó a oír a la otra parte quien expresó: Que hasta ese momento no se ha escuchado el por qué no compareció en su oportunidad el testigo a la respectiva audiencia y si en determinado momento le asistió un Justo Impedimento, pero lo deja a criterio del Juez. Por su parte la Procuradora adscrita al Tribunal, consideró que la prueba testimonial es esencial en los juicios, ya que es a través de ella que se resuelve, si se comprueban los hechos, y que dicho testigo, no compareció al inicio de la audiencia, pero que en esa oportunidad se presentó y consideró que sería necesario tomarle la declaración.

El Juez referente al incidente, pronunció: Que con base en el artículo 7 lit. c) y 116 Pr F., considera necesario recibir la declaración del testigo que se presentó en la continuación de la audiencia de sentencia, quien fue ofrecido en la demanda por la parte demandante”.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Expedientes de los Juzgados.

### **5.2.6 OPOSICIÓN A LA RECEPCIÓN DE PRUEBA ANTICIPADA**

En el caso de la prueba anticipada la Ley Procesal de Familia, señala que ésta debe ser recibida cuando no pueda efectuarse en la audiencia o cuando la dilación en recibirla pueda provocar grave riesgo en el ejercicio del Derecho. Art. 54 Pr F.

Dicho requisito debe ser cumplido para efecto de ser recibida en forma anticipada. Como ejemplo se cita el caso siguiente: “En un juzgado de familia se presentó la parte actora solicitando que se recibiera la declaración de “M” como prueba anticipada.

Debido a que el testigo tenía que salir del país antes de la fecha que se había señalado para la audiencia de sentencia. El Juez resolvió recibir la prueba anticipada y señaló fecha para ello, ordenando citar para la audiencia de recepción de prueba anticipada al solicitante, al testigo de prueba anticipada, al Procurador adscrito al juzgado de familia y a la parte demandada. Llegado el día se presentaron los citados, constatada la presencia de éstos, se juramentó al testigo y se procedió a recibir su declaración.

En la audiencia de sentencia el juez en primer lugar procedió anexar la prueba anticipada del testigo “M”.<sup>66</sup>

#### **5.2.6.1 Comentario**

Como puede observarse en el caso anterior, el demandante alegó que el testigo “M” no podía comparecer por lo que se ordenó se recibiera el testimonio de dicho testigo en forma anticipada. Pero podría ocurrir en este mismo caso que la parte demandada, se opusiera a la recepción de prueba anticipada y entonces se le da trámite de incidente, la parte contraria podía argumentar que no sea recibida y ofrecer prueba testimonial y documental para establecer que no existe la urgencia de recepción de prueba.

### **5.2.7 EXCLUSIÓN DE BIENES PROPIOS EN INVENTARIO DE LOS BIENES DE LA COMUNIDAD DIFERIDA**

---

<sup>66</sup> Ibidem.



Es necesario establecer qué debe entenderse como Bienes Propios y Bienes de la Comunidad Diferida, al respecto la exposición de motivos del Código de Familia, expresa que: “dentro del régimen existen tres patrimonios nítidamente separados, el de la comunidad, el del marido y el de la mujer. A estos últimos se les denomina Bienes Propios y el Art. 63 C F., los enumera, así como también enumera los Bienes de la Comunidad Diferida”.<sup>67</sup>

Este incidente puede acontecer cuando a efecto de disolver la comunidad, se ha procedido a la formación del inventario de los bienes de la comunidad diferida y en dicho inventario se incluye algún bien propio, de los comprendidos en el Art. 63 C. F.

En este caso, para que pueda ser excluido dicho bien del inventario se deberá dar trámite a un incidente según lo expresado en el Art. 133 inciso último Pr F. “No se incluirán en el inventario los bienes propios de los cónyuges y en caso de incluirlos podrán ser excluidos mediante incidente”.

Ejemplo: En un juicio de María contra Pedro por disolución de la comunidad diferida, se incluye en el inventario una casa que adquirió Pedro en donación de parte de un familiar, durante la vigencia del régimen patrimonial, en atención que los bienes adquiridos a título gratuito forman parte de los bienes propios de los cónyuges, por ello en consecuencia Pedro solicita se abra el incidente para poder establecer que se trata de un bien propio y que por lo tanto se excluya de dicho inventario. Arts. 63 ordinal 2° C.F y 133 inciso último Pr.F.

#### **5.2.8 EJECUCIÓN DE SUMA ILÍQUIDA**

Tiene lugar cuando la parte ha sido condenada en la sentencia definitiva al pago de una cantidad ilíquida (que no se ha determinado la cantidad de dinero que se debe pagar), y no se encuentra de acuerdo a la planilla de liquidación que ha sido presentada por la parte a cuyo favor se pronunció, y se confiere un plazo de tres días para que se manifieste sobre ello, a fin de establecer la cantidad determinada y justa a pagar. Esto se decide por medio de un incidente, de conformidad al Art. 173 Pr F inc. 3o.

---

<sup>67</sup> Documento base y Exposición de motivos del Código de Familia, Tomo II, Pág. 431.

### **5.2.9 OBJECIÓN DE CUENTAS RENDIDAS POR TUTOR**

Cuando el tutor de un menor de edad o incapaz rinde cuentas de la administración de los bienes del pupilo, en el caso señalado en el Art. 187 Pr F., y dichas cuentas fueren objetadas por cualquiera de las partes o por el Procurador de Familia, el Juez resolverá las objeciones conjuntamente mediante incidente.

### **5.2.10 FALSEDAD DOCUMENTAL O FALSEDAD CIVIL**

Según el Diccionario de Osorio, la falsedad es: “la falta de verdad o autenticidad. Falta de conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas. En sentido forense, cualquiera de las mutaciones u ocultaciones de la verdad, sea de las castigadas como delito, sea de las que causan nulidad de los actos según la ley civil.

En el orden civil, la falsedad de un documento anula el consentimiento e invalida el negocio a que se refería”.

Con respecto a la falsedad civil o documental, ésta puede presentarse como incidente Procesal y Post Procesal, y bajo las modalidades siguientes:

#### **5.2.10.1 Falsedad Material**

“Es la que resulta de una falsedad o alteración, en todo o en parte, cometida sobre la escritura u otro documento presentado y que es susceptible de comprobación física mediante la prueba pericial u otra operación correspondiente.”<sup>68</sup>

La Falsedad Material constituye un delito, y así lo expresa el Art. 283 C.Pn. Diciendo: “el que hiciere un documento público o auténtico, total o parcialmente falso o alterare uno verdadero, será sancionado con prisión de tres a seis años”.

#### **5.2.10.2 Falsedad Ideológica**

“Es la que resulta de la inserción de ideas falsas en un instrumento público o auténtico, es decir mentiras escritas en el contenido o sustancia de un documento que no es falso en la

---

<sup>68</sup> Omeba, Enciclopedia jurídica. Pag. 860.

realización externa, pero son falsas las ideas que en él se quieren afirmar como verdaderas. A diferencia de la falsedad material, en que lo cuestionado es la autenticidad del documento, en la falsedad ideológica, siempre la realización externa es real y el documento está confeccionado por quien y en la forma que es debido.”<sup>69</sup>

El artículo 284 del Código Penal, regula como delito la Falsedad Ideológica, expresando: “que el que con motivo del otorgamiento o formalización de documento público o auténtico, insertare o hiciere insertar declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar, será sancionando con prisión de tres a seis años”. “Como puede verse lo sancionado no es una simple mentira, sino la mentira escrita en ciertas condiciones que se desprende del texto de un documento exteriormente correcto y que genera una desfiguración de la verdad objetiva de un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio para otras personas.”<sup>70</sup>

La conceptualización anterior, es muy importante, porque de ella se coligen los aspectos que el juez tomará en consideración, cuando se presente un incidente de falsedad, ya que éste deberá establecer la naturaleza de la falsedad que se le presenta.

### **5.2.10.3 Documentos que pueden declararse como falsos**

Los documentos que pueden ser redargüido de falsos son: Los documentos públicos, auténticos y privados.

Según el Art. 287 Pr C., son susceptibles de ser redargüidos de falsos los instrumentos públicos o privados. Pero en cuanto a estos últimos es necesario señalar que no se refiere a cualquier clase de documento privado sino que al documento privado reconocido debido a las razones que más adelante se expresarán.

En este artículo se da la impresión que sólo esta clase de documentos puede ser impugnado de esta forma, pues no habla de los documentos auténticos, sin embargo esto se debe a un

---

<sup>69</sup> Rocha Alvira, Antonio. De la prueba en el derecho. Actualizada con el nuevo código procesal civil. Pág. 493.

<sup>70</sup> Omeba. Ob.Cit. Pág. 859.

vacío legal, el cual es subsanado por el Art. 321 Pr C., que expresa que pueden ser impugnados de falsos también los documentos auténticos.

A estos documentos antes mencionados los acompaña dos importantes presunciones: La de autenticidad, por ser obra de un funcionario en quien la ley deposita fe pública, y la de la verdad por la sinceridad de su origen y fidelidad en su custodia. Esto último es principalmente aplicable a los documentos públicos o auténticos, ya que éstos son extendidos por funcionarios a los que la ley ha conferido dicha presunción, más sin embargo en cuanto a los documentos privados reconocidos, debido a que su reconocimiento se hace ante los funcionarios judiciales o ante los notarios, según los arts. 1573 C. C., 264 Pr C y 52 Ley de Notariado, a éstos la ley les confiere el valor de Escritura Pública y debido a ello contienen en sí mismo un valor probatorio.

En cuanto al valor probatorio en mención, puede tomarse en cuenta lo siguiente: El Art. 1 incisos 2o y 3o de la Ley de Notariado establece que la fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales, personalmente ejecuta o comprueba. En los actos, contratos y declaraciones que autorice, ésta fe será también plena, tocante a haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora en que el instrumento se exprese.

La fuerza probatoria será regulada por las leyes respectivas. En cuanto a las presunciones de autenticidad de verdad y al valor que se les confiere a los documentos. Para identificar dichas presunciones puede tomarse como referencia lo expresada por los Arts. 258, que expresa: “Que las escrituras hacen plena prueba”; y el 264 Pr C dice “Que los documentos reconocidos tienen el valor de escritura pública.”

De estos artículos se desprende que los documentos en mención tienen una fuerza probatoria por sí mismos, debido a las presunciones ya señaladas.

En lo que concierne al Derecho Procesal de Familia, si bien es cierto no cabe hacer la clasificación de plena y semiplena prueba por la razón que el sistema empleado para la valoración de la prueba es la Sana Crítica, según el Art. 56 Pr F, pero esto sin perjuicio de

la solemnidad instrumental que la ley establece para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

Es decir, a pesar de que el Sistema de Valoración de la prueba es la Sana Crítica, esto no es óbice para que no se le de a la prueba documental en mención el valor probatorio que la ley concede, la cual consiste en darle un reconocimiento de fe pública y una presunción de verdad.

Por medio del incidente de falsedad civil se persigue un resultado práctico, que es impugnar un documento que ya tiene en sí mismo una eficacia probatoria. Porque nadie se molestaría en impugnar lo que carece de un valor probatorio tal es el caso del documento privado simple. Por esta razón, este incidente solamente está destinado a atacar los documentos públicos, auténticos y privados reconocidos con el objeto de destruir la fuerza probatoria que ellos tienen.

Como antes se ha mencionado existen varios tipos de falsedad, es importante entonces hacerse la pregunta siguiente: ¿Contra qué tipo de falsedad se puede aplicar este incidente?

Para responder es necesario destacar que para algunas legislaciones como la de Colombia, expresan que únicamente proceden contra la Falsedad Material y así lo expone el jurista Antonio Rocha, diciendo: “Que solamente la falsedad material del documento puede ser objeto de tacha o querrela de falsedad y que las falsedades intelectuales o ideológicas no son el objeto de la articulación o incidente, sino del proceso mismo, en otras palabras, a éstas últimas pertenecen más al Derecho Sustantivo, que a las posibilidades probatorias incidentales”.<sup>71</sup> Esto lo afirma, porque el único medio probatorio que el Código Judicial de ese país señala para ir contra la autenticidad de un instrumento o para demostrar la tacha de falsedad, para el solo efecto que se le desestime como prueba, es el Cotejo (Prueba Caligráfica o Grafotécnica) o Confrontación de firma y de la escritura del documento, con el auxilio de peritos; sólo la falsedad material puede ser reconocida por ese medio físico, palpable y material.

---

<sup>71</sup> Rocha Alvira, Antonio. De la prueba en el derecho. Actualizada con el nuevo código procesal civil. Pág. 495.

En cuanto a lo anterior se puede decir que tal limitación no la hace el Código de Procedimientos Civiles, ya que al referirse a la Falsedad Civil en los Arts. 287 al 291 Pr C., en ninguno de ellos limita la prueba a producirse en cuanto al incidente. Por otra parte, si se va más allá, al Art. 321 Pr C., referente a la Prueba Testimonial para establecer la falsedad de un instrumento expresa que se necesitan cuatro testigos idóneos sin excepción si fuere público o auténtico, y dos si fuere privado.

Este último artículo que se acaba de citar habla de cuatro testigos, como prueba testimonial que sería la idónea. Es necesario aclarar que este artículo tiene aplicación principalmente cuando se trata de falsedad ideológica, ya que para demostrar este tipo de falsedad la prueba adecuada es la testimonial.

En los casos de Falsedad Material la prueba idónea para su comprobación es la de Cotejo de Letras (o grafotécnica) según el Art. 348 Pr C.

No con esto quiere decirse que no puede ofrecerse prueba testimonial para establecerse la falsedad material ya que también es aplicable, pero la realidad es que la prueba técnica es la apropiada para ésta y la testimonial serviría para reforzarla.

Con todo esto, se afirma que en el proceso civil se puede producir la falsedad por cualquiera de los dos motivos, y que en el proceso de familia se aplican las reglas del Proceso Civil, según el Art. 218 Pr F., pero únicamente en cuanto a la clase de falsedad documental a tramitar por vía incidental, y a los tipos de documentos impugnables por este medio; puesto que para su tramitación la Ley Procesal de Familia lo ha sujetado al procedimiento general de los incidentes, Art. 59 Pr F inciso 3o. Además otra razón es que en materia de familia se aplica la Sana Crítica para valorar la prueba, y no puede estarse hablando de 4 testigos como lo dice el Art. 321 Pr C.

En el proceso de Familia la falsedad puede ser resuelta en cualquiera de las Audiencias principalmente en la preliminar y en ésta en la fase saneadora de la audiencia que es momento procesal señalado para resolver los incidentes. Arts. 106, 107 y 114 Pr F., No necesariamente tiene que llegar a la sentencia como en el Proceso Civil en el cual es en ésta

en la que se decide sobre el incidente y así lo expresa el Art. 291 Pr C: “La sentencia recaerá sobre la falsedad o ilegitimidad y sobre lo principal de la causa, según el mérito de la prueba que por una y otra parte se hubiere producido”.

De este último artículo citado puede retomarse que no obstante que se declare falso un documento en el proceso significa que se desechará la pretensión del que presentó el documento sea el actor o demandado, pues la sentencia no va a centrarse en la declaratoria de falsedad que es la que destruyó la fuerza probatoria del documento presentado, sino que también en las demás pruebas presentadas.

Es lógico pensar que si quien presentó el documento fue el único medio probatorio que aportó, sucumbirá en su pretensión puesto que tal documento carece de valor probatorio por haberse establecido su falsedad.

Otro punto importante de considerar es que en el proceso de familia se facultó al juez para que pudiera declarar la falsedad del documento, según el Art. 59 Pr F., facultad que no fue concedida al Juez de lo Laboral a quien únicamente se le facultó a que una vez establecida la falsedad sólo admita o rechace como prueba el documento redargüido de falso pero evitando pronunciarse sobre el mismo. Art. 404 C T.

Cuando en el proceso de familia el Juez declara la falsedad de un documento, debe dar aviso a la Fiscalía General de la República para que ésta realice las diligencias correspondientes. Art. 59 Inc. 3º PrF.

Esto a decir verdad no es novedoso en el sentido que el procedimiento civil lo contempla en el Art. 652 inc. 3o. “Cuando la tercería se basa en un documento falso el juez debe testimoniar lo conducente, para juzgar a los autores cómplices o encubridores del delito”. Inclusive se le concedía la facultad de ordenar en el acto la detención de la persona, de lo cual se debía rendir informe.

“No obstante, el legislador civil se ocupa de la falsedad desde el punto de vista de la eficacia probatoria de los documentos, sin vincular su decisión a la acción penal de

falsedad. Es decir, que un documento puede ser civilmente falso y puede haber delito de falsedad, pero no perseguible, por ejemplo, a causa de muerte del culpable; indulto o prescripción, siendo en cambio necesario averiguar la falsedad del documento. Finalmente, el incidente de falsedad civil no prejuzga el delito, aunque el juez civil tiene la obligación de informar si encuentra un indicio de delito.”<sup>72</sup>

Como ejemplo de falsedad material se puede citar el siguiente caso. “Galileo demanda a Isidro, reclamando cuota alimenticia, ofreciendo como prueba una partida de nacimiento en la que aparece el nombre de Isidro como padre y prueba testimonial. Isidro al contestar la demanda alega no ser padre del menor y a la vez que el documento presentado es falso, pues existe alteración en el nombre del padre y para probarlo pide que se practique la compulsión. Se abre el incidente y se practica la compulsión, comparando la partida de nacimiento presentada con el Libro de Registro de la Alcaldía que extendió el documento. Al hacer dicha comparación resulta que el nombre del padre es diferente al consignado en la partida de nacimiento y por lo tanto se declara falso el documento”.

#### **5.2.10.4 La Falsedad de Oficio**

Puede acontecer que en el proceso de familia, la falsedad no sea alegada por alguna de las partes y ésta sea evidente en los documentos presentados. En materia Procesal civil no se tomará en cuenta ya que se rige por un principio dispositivo según el Art. 1299 inc. 1º, pero en materia de Proceso de Familia es diferente, ya que el impulso procesal es de oficio y aparte de este principio de oficiosidad, “el Juez está en la obligación de ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, sometidos a su conocimiento y decisión”. Art. 7 lit. c) Pr F. Esta obligación que tiene el Juez se entiende que alcanza el hecho que de oficio puede iniciarse el incidente de falsedad, cuando a la luz de los documentos presentados en el juicio, aparezca que existe algún tipo de falsedad en los mismos, porque de no hacerlo así estaría emitiendo una resolución sobre fundamentos falsos, la cual iría en contra de esta obligación que le señala la ley. Este criterio es sostenido por la mayoría de personas entrevistadas.

#### **5.2.10.5 Diferencia entre Falsedad y Verificación de Documento Privado**

---

<sup>72</sup> Ibidem. Págs. 498 – 500.



Al respecto de la falsedad civil, ésta tiene que ser demostrada por quien la alega y esto hace que se distinga de otro incidente similar como lo es: La verificación de Documento Privado. En éste quien debe probar su veracidad es quien desea aprovecharse del mismo. Pues en este caso basta que contra quien se opone lo redarguya de ilegítimo, y no tiene que probarlo sino que el interesado es quien debe hacerlo. Art. 283 Pr C.

### **5.2.11 VERIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS**

Suele acontecer que con la demanda en sus anexos se presentan documentos privados simples o no reconocidos, como cartas, recibos u otro tipo de documentos. Estos documentos privados simples carecen de valor probatorio en juicio por la razón de que éstos no contienen por sí mismos valor de una prueba o presunción de identidad del autor que suscribe el documento, es decir que puede llegar a afirmarse que no fue redactado y firmado por la persona contra quien se opone, sino que pudo ser cualquier persona. Por este motivo los documentos privados simples para que tengan un valor probatorio deben ser previamente reconocidos y dicho reconocimiento puede ser ante un Notario o Judicialmente.

Para una mejor comprensión se presenta el siguiente ejemplo: Bety demanda a su esposo Alberto en juicio de divorcio por vida intolerable. Bety para establecer la infidelidad de su esposo presenta cartas amorosas las cuales manifiesta han sido escritas por él.

Como puede apreciarse en este caso, el demandado válidamente podría redargüir de ilegítimo el documento presentado por la actora conforme a lo dispuesto en los Arts. 265 ordinal 3° y 283 Pr C.

#### **5.2.11.1 Formas de Reconocimiento de Documento Privado**

Para que se produzca el reconocimiento puede ocurrir que una vez presentado el demandado exprese que el documento fue escrito o firmado por él, esto sería un reconocimiento voluntario y expreso, el cual podría darse en el ejemplo mencionado, si el demandado al contestar la demanda afirma que dichas cartas fueron hechas por él. De ser así se tendría por reconocido y a partir de ese momento posee fuerza probatoria.

Pero puede acontecer que el demandado conteste la demanda y ni siquiera se refiera al documento, entendiéndose que no lo reconoce ni lo redarguye de ilegítimo.

En este caso, el Código Procesal Civil establece la siguiente presunción para determinar la forma en que puede ser reconocido un documento, según el Art. 265 ordinal tercero que dice: “Cuando se presenta en juicio un documento privado y una vez agregado no es redarguido de ilegítimo antes de la sentencia por la parte contra quien se opone”. En este caso se está frente a un reconocimiento tácito del documento.

Sin embargo, puede ocurrir que lo desconozca, y entonces surge la controversia acerca de la proveniencia del documento, o sea acerca de la identidad de su autor con el indicado en él o que se afirma ser autor por aquél contra quien se opone.

Este desconocimiento no es el redargüimiento de falsedad de un documento, sino simplemente es una manifestación expresa dirigida al juez de la causa, en que la parte que pudiere quedar obligada, hace saber al juez que no reconoce la legitimidad del mismo, es decir la negación formal del propio documento o de la firma. “Y si proviene de un tercero en la declaración de no conocer la escritura del tercero o aún más radical en la negación de la legitimidad de la escritura del tercero.”<sup>73</sup> Arts. 265 ordinal 3º y 266 Pr C.

Es a partir de ese desconocimiento que el Art. 283 Pr C dice que “aquel a quien se opone un instrumento privado niega su firma o declara que no reconoce la atribuida a un tercero o que de su orden se puso. En este caso el que presentó el documento debe solicitar la verificación del mismo”.

Desde este momento se origina el incidente, el cual puede ser procesal y post procesal; en estos casos tienen lugar las presunciones de reconocimiento tácito comprendidas en el Art. 265 ordinal 1º Pr C que expresa: “Cuando la parte a quien se opone rehúsa comparecer ante el juez para el reconocimiento, requerido judicialmente dos veces al efecto y sin alegar una justa causa que a juicio prudencial del juez lo excuse de la comparecencia; en este caso se declarará por reconocido en el acto, con el solo pedimento de la parte solicitante.

---

<sup>73</sup> Rocco, Hugo. Tratado de derecho procesal civil. Pág. 230.

Con respecto a este incidente la Ley Procesal de Familia no hizo ninguna mención, pero por lo expresado en el Art. 57 Pr F., se entiende que se concede la oportunidad que se produzca cualquier tipo de incidente, siempre y cuando reúna el requisito de accesoriedad al proceso. En el caso del incidente que se analiza, este reúne dichos requisitos y además por aplicación del Art. 218 Pr F., se entiende que puede ser aplicado el procedimiento civil, pero únicamente con respecto a los principios generales del mismo, y no en cuanto a su trámite, porque para eso la ley en mención ya ha señalado el trámite que corresponde a los incidentes generales.

Con relación a este incidente en la práctica solamente se pudo constatar un caso y es el siguiente: “En diligencias conciliatorias por alimentos solicitados por “A” de “B”, éste se comprometió a proporcionar una cuota de cuatrocientos colones mensuales para sus hijos, pero no cumplió por tal motivo se hizo una audiencia donde se comprometió a pagar las cuotas atrasadas. Meses después se presentó “A” en el juzgado a manifestar que “B” no estaba cumpliendo y que además se le debían cuatro meses de cuota. Pero B se presentó al juzgado a manifestar que ya le había pagado y a la vez exhibió recibos correspondientes a los meses que supuestamente debía; esto se le comunicó a “A” quien dijo que solamente había firmado 2 recibos y que los otros no los había firmado ella y por eso pidió que se abriera el incidente para que se cotejen los que no reconoce con los documentos firmados por ella.

En vista de la solicitud de “A”, se mandó a abrir el incidente y oír a la parte contraria por el término de ley. Se presentó “B” a verter su opinión manifestando que el documento presentado es verdadero y que fue firmado por la parte actora, entregando al mismo tiempo el documento para que se realizara la prueba correspondiente.

El Juez ordenó que se practicara la prueba grafotécnica como prueba anticipada en base al Art. 54 Pr F., y procedió al nombramiento de peritos en base al Art. 218 relacionado con el 343, 348, 350 Pr C., señalándose fechas para la celebración de audiencia de aceptación del cargo y toma de muestra para la prueba grafotécnica. Luego de emitido el dictamen pericial se señaló fecha para resolver el incidente.

Llegado el día de la audiencia se procedió a constatar la presencia de las partes, iniciando con escuchar los alegatos de éstas, después se recibió la prueba técnica solicitada y luego se recibió la prueba testimonial. Posteriormente el Juez en base a la prueba resolvió: Que la prueba presentada en el incidente tanto pericial como testimonial no demostró la falsedad del recibo. Declarando no ha lugar a declarar que el recibo presentado sea falso.

#### **a) Comentario**

En el ejemplo citado se le dio al caso trámite de falsedad civil, cuando correspondía el de verificación de documento privado; ya que estas dos figuras dan lugar a confusión, debe diferenciarse la falsedad de la verificación en que la primera destruye el valor probatorio y en la segunda se adquiere. También con respecto al incidente de falsedad debe probarlo quien lo alega y en la verificación debe probarla quien desea hacer uso del documento.

### **5.2.12 NULIDAD PROCESAL**

#### **5.2.12.1 Diferencia entre Nulidad sustancial y procesal**

En cuanto a las nulidades, es un tema que abarca y se proyecta a todo el derecho positivo, según Couture, la teoría de la nulidad es de carácter general a todo el derecho, y no particular a cada una de sus ramas. Pero admitidas ciertas nociones esenciales de ella, las soluciones tienen vida autónoma y se especifican en cada uno de los compartimientos jurídicos positivos.

Como puede apreciarse el tema de las nulidades pertenece a la Teoría General del Derecho. “Pero cada rama del mismo debe adaptarlo conforme a su finalidad y esencia específica, para no llegar a soluciones contrarias con su objeto y contenido.”<sup>74</sup>

Debido a esa amplitud de la teoría de las nulidades en la práctica se presentan confusiones, entre nulidades procesales y nulidades de derecho sustantivo y por ello para dar una mejor aproximación del tema en estudio es necesario explicar por lo menos en una forma breve su diferencia; y para esto se citarán diferentes conceptos.

---

<sup>74</sup> Maurino, Alberto Luis. Nulidades procesales. Págs. 11 y 12.

- Alessandri y Somarriva definen la nulidad: “Como la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y calidad o estado de las partes.”<sup>75</sup>

Entran a este concepto los vicios del consentimiento como son: error, fuerza y dolo. El otorgamiento del acto o contrato no realizado de acuerdo con las formalidades prescritas por la ley para el otorgamiento del acto o contrato.

- Según Arrieta Gallegos al referirse a las nulidades procesales “toda nulidad en términos genéricos, se puede decir que es el vicio de que adolece una resolución o diligencia judicial y que la ley sanciona declarando sin valor alguno. También puede decirse, que son los errores que se cometen en la aplicación de las leyes procesales omitiéndose los trámites, procedimientos o solemnidades que ellas prescriben para la validez de los mismos.”<sup>76</sup>

Este último concepto no es muy adecuado, pero puede ser útil para la distinción que se pretende hacer; y con respecto a ello puede decirse que las nulidades de carácter sustantivo o sustancial, son aquellas que se producen cuando se realiza un determinado negocio o acto jurídico, el cual no cumple con los requisitos que la ley señala para que pueda surtir sus efectos, así por ejemplo el matrimonio, en el que uno de los contrayentes se encuentra casado con otra persona, en este caso el matrimonio adolecería de nulidad absoluta, porque no cumple con el requisito que ambos deben encontrarse libres de vínculo matrimonial, según el Art. 14 C. F., es decir ésta mira a los actos y declaraciones de voluntad cuando no se han cumplido, o faltan requisitos de los que la ley prescribe para que el acto produzca los efectos que la ley señala.

La nulidad procesal consiste, en aquella irregularidad que se produce en el proceso judicial, como producto del incumplimiento de las formas del proceso.

---

<sup>75</sup> Alessandri y Somarriva. Arturo. Curso de derecho civil. Las fuentes de las obligaciones en particular. Tomo IV. Pág. 321.

<sup>76</sup> Arrieta Gallegos, Francisco. Los medios de impugnación en las resoluciones judiciales, Pág. 206.

La primera dará lugar a iniciar un juicio invocando la nulidad, mientras que la segunda a que la nulidad se declare en el curso del juicio en que se ha cometido por medio de un incidente o mediante los recursos.

Las sustantivas se producen fuera del proceso y las procesales son producidas en la sustanciación o fallo del proceso.

Para una mayor claridad en esta diferenciación puede citarse el siguiente caso:

“En un proceso de “A” contra “B” en donde se reclamaba la protección a la vivienda familiar, en la audiencia preliminar el Juez se percató que las certificaciones de partidas de matrimonio y de nacimiento del hijo procreado, no estaban inscritas en el Registro Central de Estado Familiar, lo cual es exigido por el Código en el Art. 189 C F., y por ello ordenó suspender la audiencia.

Pero el apoderado de la parte contraria en la misma audiencia, después de lo manifestado por el Juez, alegó el incidente de nulidad.

El Juez en vista de lo pedido, procedió a darle trámite conforme a los Arts. 57 y siguientes de la Ley Procesal de Familia, por lo que mandó a oír a la parte contraria exponiendo ésta, que no hay nulidad mientras no se pruebe lo contrario, es decir que no se presenten las certificaciones de partida.

El Juez resolvió declarando no ha lugar el incidente. Razón por la cual el apoderado del demandado pidió el recurso de revocatoria de la resolución dictada resolviendo el incidente.

La revocatoria fue tramitada en la misma audiencia, exponiendo similar argumento por la parte actora; en la resolución se declaró que no era procedente revocar la sentencia que resolvió el incidente.

El apoderado del demandado en vista de la anterior resolución, interpuso el recurso de apelación diferida manifestando, que la resolución causaba agravio a su poderdante y el fundamento legal de recurso interpuesto, es que la demandante no prueba mediante

instrumento idóneo el vínculo matrimonial que la une al demandado, por lo que no ha ofrecido ni determinado los medios de prueba, en ese sentido no hay legitimidad de la parte actora. Art. 1130 y 1131 Pr C.

El Juez resolvió manifestando que, en virtud que el incidente fue propuesto oportunamente a su primera intervención, según el Art. 1131 Pr C., parte última, tuvo por interpuesto el recurso y ordenó darle trámite de ley, señalado en el Art. 156 Pr F., y por razón de que la apelación no se tramita inmediatamente por lo que ésta deberá acumularse a la sentencia definitiva”.<sup>77</sup>

En el caso alegado como nulidad procesal, puede afirmarse que no se trataba de una nulidad procesal porque no se produjo ningún apartamiento de las formas dadas para el proceso, incluso puede decirse que no hay tampoco una nulidad sustancial debido a que el documento que se reclama como nulo, reúne los requisitos de validez en la forma que fue conferido; en el presente caso no se está frente a una nulidad procesal, y ni siquiera frente a una nulidad sustancial; lo que realmente ocurrió es que el documento presentado no había sido inscrito en el registro del estado familiar conforme al Art. 189 C. F., pero dicho artículo nada más habla que deben ser inscritos; pero en ningún momento expresa que su no inscripción hace invalidar el documento o que no haga fe probatoria.

Por otra parte si se toma en consideración lo dispuesto por el Art. 261 Pr C., se puede apreciar según esta disposición lo que ocurría en ese caso en particular en donde el documento presentado únicamente carecía de valor probatorio por no cumplir con la autenticación de la firma del Cónsul, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, y es a partir de dicha autenticación que surte sus efectos en el país; pero en ningún momento la carencia de dicho trámite le resta validez al acto jurídico realizado, si no que solamente impide que surta sus efectos, y como consecuencia no podía admitirse como prueba mientras no se cumpliera con ese requisito.

No obstante, lo expresado en el Código de Procedimientos Civiles, debe tomarse en consideración el Convenio de la Haya, suscrito por el país, en septiembre de 1996, que

---

<sup>77</sup> Expediente de los Juzgados.

establece en su artículo 2, que: Los estados contratantes eximirán de la legalización a los documentos señalados en el Convenio, cuando éstos deban ser presentados en el territorio del país que ha suscrito el convenio; la legalización a que el convenio se refiere, cubre la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio del documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente.

Es decir, que la exención de legalización a que el artículo se refiere, consiste en eximir del trámite de llevar el documento otorgado ante el Cónsul del país en que debería surtir efecto para que este dé fe, de la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado, etc., son legítimos más bien dicho, exime del trámite a que se refiere el Art. 261 Pr C.

Continúa diciendo el referido Convenio, que la única formalidad que podría exigírsele al documento para certificar la autenticidad de la firma, el carácter en que actuó el signatario del documento y, de corresponder, la identidad del sello o del timbre que lleve el documento, será una acotación que deberá ser hecha por la autoridad competente del estado en donde se originó el documento.

En el Art. 1 del Convenio, se hace mención de los documentos a los que les confiere la exención son:

- a) Los documentos provenientes de una autoridad o funcionario de cualquier jurisdicción del Estado.
- b) Los documentos administrativos.
- c) Los documentos notariales.
- d) Las certificaciones oficiales que han sido puestas sobre documentos privados.

Las certificaciones de las partidas de nacimiento y de matrimonio, presentadas en el caso antes relacionado se encuentran comprendidas dentro del enunciado del literal c), del Art. 1 del Convenio de la Haya, y siendo que fue emanado en uno de los países que han suscrito el Convenio por consiguiente podía ser admitido como prueba en el proceso, sin necesidad de



seguir el trámite señalado por el Art. 261 Pr C., porque cuando hay pugna entre un tratado y la ley secundaria, prevalece el tratado. Art. 144 Cn.

En el caso analizado lo único que podía haberse exigido a los documentos presentados, es la acotación ya antes expresada, para efecto de admitirse como prueba en el proceso, según las consideraciones tomadas al momento de ratificar el Convenio de la Haya. En consecuencia no había nulidad de ningún tipo e incluso los documentos presentados podían ser admitidos como prueba sin seguir el trámite del Art. 261 Pr C.

Por lo tanto, no era procedente el trámite de incidente en el caso en mención, en primer lugar porque no se trataba de una nulidad procesal, y en segundo porque cuando se trata de nulidad sustancial si hubiera sido el caso, debía establecerla en un proceso, ya que sólo la nulidad procesal da lugar al incidente.

Como se ha manifestado la nulidad sustancial debe establecerse en un proceso independiente o en el mismo si el juez es competente para conocer de ella, pero en esto queda la interrogante ¿Qué debe hacer el Juez de Familia cuando una de las partes alega la nulidad de un documento presentado por la parte contraria?

Lo que deberá hacer dependerá de:

- a) Si el juez es competente para conocer de ella, en este caso dará trámite por los mismos trámites del proceso ya iniciado, por supuesto que para ello la acción de nulidad deberá alegarse en la contestación de la demanda haciendo uso de la reconvencción. Tal sería el caso que se inicie un proceso por divorcio y el demandado alegue la nulidad del matrimonio, en éste caso el juez competente es el juez de familia. Arts. 90 y sigs. C.F.
- b) Cuando el Juez de Familia no es el competente para conocer de la nulidad, sino que quien debe conocer es el Juez de lo civil, pues cuando se trata de nulidad de actos y contratos da lugar a la acción de naturaleza civil, y quien deberá conocer de ella es el juez de esta materia para pronunciarse sobre la misma. Art.1553 C.C.

En este caso el Juez de Familia deberá suspender el proceso, si la sentencia que debe dictar depende de lo que se resuelva en el proceso de nulidad según lo dispuesto por el Art. 27 Pr.F.

Pero para suspender el proceso no basta con el sólo hecho que se alegue la nulidad del acto o contrato, porque de hacerlo así el proceso quedaría detenido de forma indefinida, es necesario entonces para que se suspenda el proceso que quien la alegue justifique haber iniciado el proceso correspondiente, ya que de no hacer de esta forma se permitiría el fraude procesal, del cual el juez está obligado a velar para que no se produzca. Art. 7 lit. h) Pr. F.

#### **5.2.12.2 Concepto de Nulidad Procesal**

Una vez hecha la distinción es necesario conceptualizar que debe entenderse como Nulidad Procesal.

Al respecto, Vivaldi dice que: “nulidad procesal es la sanción mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso o a todo él, de los efectos normales previstos por la ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquella.”<sup>78</sup>

Este concepto da la impresión que el sólo hecho de estar el acto viciado da lugar a que no surta sus efectos lo cual no es del todo cierto, porque el acto viciado surte sus efectos mientras no haya un pronunciamiento judicial, estableciendo o declarando la nulidad existente.

Un concepto quizá más aceptado es el que da Alberto Luis Maurino quien dice que “nulidad procesal es el Estado de anormalidad, originado en la carencia de alguno de los elementos constitutivos, o vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo colocan en situación de ser declarados judicialmente inválidos.”<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Salas Vivaldi, Julio E. Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil y penal. Pág. 73.

<sup>79</sup> Maurino, Alberto Luis. Nulidades procesales. Pág. 16.

Este concepto es el más acertado, pero en la parte final, en vez de afirmar: “de ser declarados inválidos”, debería decir, “que se de un pronunciamiento judicial declarando o estableciendo la invalidez del acto”, ya que como más adelante se verá hay nulidades que se declaran y otras que se constituyen.

### **5.2.12.3 Definición de Nulidad Procesal**

Es el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de los requisitos o elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo colocan en situación que se emita un pronunciamiento judicial declarando o constituyendo la invalidez del acto.

En síntesis puede decirse, que la no producción de efectos del acto nulo, se deriva de la violación o el apartamiento de ciertas formas, o de la omisión de los requisitos indispensables para la validez de aquél.

La nulidad procesal es el apartamiento de formas y no de contenido, es un error en las formas, no en los fines de la justicia requeridos por la ley, sino en los medios para obtener esos fines.

### **5.2.12.4 Clasificación de las Nulidades**

El tema en comento da lugar a diversas clasificaciones y por ello sólo se tomarán las que se consideran más importantes para que pueda comprenderse el tema.

La primera y quizás la más importante de ellas es la que distingue en cuanto al grado de nulidades.

- a) Nulidades Absolutas: Aquellas que por recaer en un requisito esencial del negocio, impiden la formulación del acto. Luego no puede ser convalidado, es insaneable y ni siquiera necesita ser invalidado. Pero puede ser declarado ya sea de oficio, o a solicitud de parte o persona interesada.

Según Véscovi, también pueden ser reclamadas por el Ministerio Público, quien actúa en defensa de la causa pública.

En los procesos de familia, actúa un representante del Procurador General de la República, a quien se le denomina comúnmente, Procurador Adscrito al Juzgado, éste forma parte del Ministerio Público y tiene como función principal velar por los intereses de la familia y de los menores. Según el citado autor válidamente podría reclamar este tipo de nulidades, e inclusive puede decirse que podría reclamar aquellas que sólo pueden reclamarse a instancia de parte, en aquellos casos en los que pueda salir afectado los intereses de un menor, según el Art. 19 Pr F., pero para ello este funcionario debe tomar un papel más protagónico en el proceso, ya que según lo investigado en los procesos en ocasiones se ha llegado a vulnerar inclusive el derecho de defensa de una de las partes sin que éste emita ni siquiera el más leve pronunciamiento y esto también es afirmado por el Dr. Arcadio Valencia. (Ver anexo 5).

- b) Nulidad Relativa: Es la que se refiere a los requisitos accesorios, por lo cual no impide la formulación del acto, sino que este nace, inclusive válido, pese al defecto. Esta nulidad subsiste hasta ese momento; y por lo tanto la sentencia que la declara es constitutiva, lo que la hace, con referencia a la nulidad absoluta, declarativa: En ésta el juez sólo comprueba la nulidad, en aquélla la crea. La nulidad relativa únicamente puede ser pedida por la parte. Arts. 1120 y 1121 Pr C.

Para aclarar más esto, puede citarse el Art. 36 Pr F., que menciona que una vez señalada la fecha para la celebración de una audiencia, el juez debe citar a las partes dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte, pero la citación a la parte tiene que hacerse por lo menos con tres días antes de la fecha de la audiencia y esto está bajo la pena de nulidad. Esta nulidad señalada no es de las establecidas en los Arts. 1130 y 1131 Pr C., por lo tanto se trata de una nulidad relativa, puede ocurrir que haya citado a una de las partes para la audiencia preliminar faltando dos días para la misma, configurándose la nulidad citada. Pero si el día de la audiencia se presentan ambas partes ya sea que no alegue la nulidad o que expresamente la ratifica no habría lugar a declarar la nulidad aunque se hubiese producido.

En la práctica ocurre que cuando se ha citado faltando dos días para la audiencia y el juez se da cuenta de ello, ordena suspender la audiencia y señala nueva fecha en razón del vicio existente y esto lo notifica a las partes. En el fondo lo que trata es de subsanar el vicio ocurrido, y esto es válido en base al Art. 7 literal d) Pr F., ya que es una obligación del juez ordenar las diligencias que persigan evitar la nulidad.

Pero, si llegado el día de la audiencia y comparecen las partes deberá preguntar a la parte que le afecte si lo ratifica, aunque podría hacerse la ratificación tácita, pero es mejor que se haga expresa y con eso se garantiza mejor la subsanación.

- c) La inexistencia: Se trata de un vicio más grave que la nulidad absoluta; tanto que afecta al acto en sí mismo. En realidad, se dice que se estaría frente a un acto “no acto” y que, por supuesto, también sería insaneable y ni siquiera necesita ser declarado.”<sup>80</sup>

Esta es una clasificación de las nulidades no admitida en la legislación nacional, por consiguiente cuando acontece se les aplica el mismo trámite que las nulidades absolutas, pues no puede ser cubierta ni por expreso consentimiento de las partes, y deberá declararse a pedimento de parte o de oficio, en cualquiera de las instancias, aunque no se hubiere reclamado en el tiempo indicado en los Arts. 1124 y 1129 Pr C.

- d) Nulidades absolutas ratificables: Como dice Arrieta Gallegos son las nulidades a que se refiere el Art. 1131 PrC., aunque más bien debería denominárseles, nulidades mixtas porque revisten las características tanto de las relativas como de las absolutas; es decir no obstante la gravedad del vicio del acto pueden ser convalidadas, lo cual les da una característica de nulidad relativa, además pueden ser declaradas de oficio, o a instancia de partes al igual que las nulidades absolutas. La ratificación a que se hace mención puede hacerse en forma tácita, según la parte final del citado artículo.

#### **5.2.12.5 Diversos Grados de Nulidad**

---

<sup>80</sup> Véscovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Págs. 260-262.

Según Hernando Devis Echandía, “es necesario distinguir entre nulidad y anulabilidad. La nulidad impide los efectos jurídicos del acto y se debe a defectos de forma, capacidad, representación o competencia.

El acto nulo no produce sus efectos jurídicos, mientras no se cumple un hecho que los sanee, si esto es posible, el acto anulable por el contrario, inicialmente produce todos sus efectos jurídicos, pero si luego se cumple un hecho previsto por la ley, esos efectos desaparecen.

Por consiguiente, no es lo mismo acto anulable que acto nulo saneable, en realidad, constituyen dos formas antagónicas de actos viciados, el primero está sujeto a una condición resolutoria, en la forma que si no se cumple, se le considera válido siempre, desde su ejecución, y por eso el juez no puede declarar el vicio sino hasta que en ese evento aparezca la petición del interesado para que se declare la nulidad.

El acto nulo saneable, está sujeto a una condición suspensiva y como es nulo mientras no se cumpla esa condición.”<sup>81</sup>

Como ejemplo para distinguir mejor la anulabilidad y acto nulo pueden citarse el Art. 1121 Pr C., este artículo distingue lo que es un acto anulable y el Art. 1131 Pr C., deja en evidencia el acto nulo saneable.

#### **5.2.12.6 Principios que rigen las Nulidades**

I) Principio de Legalidad: “También denominado de especialidad, y consiste en que no hay nulidad sin ley. Este principio puede enunciarse diciendo que no hay nulidad sin texto legal expreso. Dicho texto legal debe ser de interpretación estricta.”<sup>82</sup>

Este principio está consagrado en el Art. 1115 Pr C, que expresa: “ningún trámite o acto procesal de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresa y determinada por la ley”.

---

<sup>81</sup> Echandía, Hernando Devis. Compendio de derecho procesal civil. Vicios de los actos procesales y remedios. Pág. 593.

<sup>82</sup> Vescovi, Enrique. Ob. Cit. Pág. 264.

II) Principio de Trascendencia: “No hay nulidad sin perjuicio. Se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino se produce un perjuicio a la parte.

La nulidad, más que para satisfacer pruritos formales, tiene por objeto evitar la violación a las garantías del juicio. La nulidad tiene por fin no sólo el interés legal en el cumplimiento de las formas y rituales que la ley fija para los juicios, sino la salvaguardia de los derechos de las partes. Este principio contempla la máxima no hay nulidad sin perjuicio.”<sup>83</sup>

Este principio está contemplado en el Art. 1115 Pr C, al expresar que ni aún cuando se haya regulado con sanción de nulidad el acto viciado, no se declarará la nulidad si apareciere que la infracción de que se trata, no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que lo alega o en cuyo favor se ha establecido.

“En relación a este principio algunos derechos positivos modernos, establecen el principio de que el acto viciado de forma es válido, si alcanza los fines propuestos, igualmente, o si en lugar de seguirse un procedimiento se ha utilizado, otro equivocadamente, pero con mayor garantía, a lo que también se le llama Principio de Finalidad.

La violación formal debe trascender a la violación de los derechos de las partes o de una de ellas.”<sup>84</sup>

Este principio no es contemplado por el Código de Procedimientos Civiles, pero no por ello es motivo de descartarlo, ya que se debe tomar en consideración que la Ley Procesal de Familia, se ha tomado en su mayor parte de las corrientes modernas del derecho, y por tal motivo inclusive puede tener aplicación este principio, en principal teniendo presente que en ocasiones debe aplicarse el derecho procesal civil en forma supletoria, este tiende a ser garantista y lento; podría darse el caso que se aplicase supletoriamente en un trámite que tenga solución por las reglas de la Ley Procesal de Familia para solucionar alguna cuestión,

---

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> Ibidem. Pág. 265

como sería el caso de un incidente, no obstante la aplicación de dicho trámite más tardado, pero si se cumplió con la finalidad que se pretendía y que inclusive se hubiera llegado por las reglas de la misma ley no habría lugar a declarar la nulidad del mismo, sin importar el error en su trámite.

III) Principio de Declaración Judicial: “no hay nulidad sin sentencia que la declare”.

Según Véscovi, sobre este punto es discutido si la nulidad absoluta necesita o no ser declarada por el juez.

Este problema dice “es diferente al de si la sentencia judicial crea (constituye) o no, la nulidad, en este aspecto no cabe duda de que la nulidad absoluta, no es creada por el juez, sino, simplemente comprobada. Es decir, que la sentencia que la acepta es declarativa y no constitutiva, como en el caso de la que acoge la nulidad relativa.”<sup>85</sup>

IV) Convalidación de la nulidad: en el proceso civil se admite la convalidación o ratificación de las nulidades como la llama el código, esta convalidación puede hacerse en forma expresa o tácita según los Arts. 1124 y 1126 Pr C.

#### **5.2.12.7 Legitimación para Reclamar la Nulidad**

En principio puede reclamar quien tiene interés en ella, debe entenderse que quien tendrá interés en ello en principal será la parte a quien afecte, ya que la nulidad no puede pronunciarse sino únicamente a instancia de parte, salvo las excepciones en que la ley faculta para que el juez las declare de oficio, Art. 1121 PrC.

Tanto la declaratoria de oficio como a instancia de parte, es justificada por la garantía del debido proceso, es decir, la defensa de la persona y de los derechos.

Pero sostienen los tratadistas que para reclamar la nulidad se deben reunir ciertos requisitos y son:

- 1- “Que quien la reclama no haya originado el vicio o concurrido a producirlo. Sería inmoral según Podeti, “que quien por su culpa o negligencia” provoca la irregularidad



procesal, impidiendo que el acto cumpla sus fines, pudiera pedir y obtener la declaratoria de nulidad.

Se sostiene además que, no obstante, que la parte que haya dado lugar a la nulidad puede señalarse el defecto al juez, para que la declare de oficio, cuando la nulidad causada sea de esa naturaleza, (nulidad absoluta)”.<sup>86</sup>

Este requisito no está comprendido en el Código de Procedimientos Civiles, pero debería contemplarse, pues como dice Couture, citado por Vescovi, “que es parte del “Principio de Protección”, el cual parte del precepto general de que nadie puede alegar su propia torpeza (nemo auditur propiam turpidienem allegans)”.<sup>87</sup>

Y por lo tanto, tampoco sería aplicable al proceso de familia, ya que tampoco lo contempló, no obstante inclinarse a la corriente moderna.

2) Que sea la parte perjudicada la que reclame o alegue la nulidad, no puede ser la parte beneficiada con el vicio.

3) Que la parte impugnante no haya convalidado expresa o tácitamente la nulidad.

Estos dos últimos requisitos si son aplicables al proceso civil y por ende al de familia, según los Arts. 1115 y 1127 Pr C.

#### **5.2.12.8 Formas de Alegar las Nulidades**

Existen varias formas de reclamar las nulidades producidas en el proceso, entre las cuales se pueden mencionar: La excepción, el incidente y los recursos, de la que se hablará principalmente es de la reclamación por medio de incidente, porque es la que atañe al tema en cuestión, pero en razón de que las otras formas también tienen vinculación al tema será necesario retomarlas en una forma breve.

---

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> Maurino, Alberto Luis. Nulidades procesales. Pág. 67.

<sup>87</sup> Vescovi, Enrique. Ob.Cit. Pág. 268.

1- Por medio de excepción, se puede decir que es una vía normal que utiliza el demandado, para hacer valer la nulidad dentro del plazo y formas previstas para éstas.

En cuanto al plazo y forma para alegar la excepción se encuentra contenido en el Art. 50 Pr F.

Los casos en los que se puede recurrir por medio de excepciones, y se tratan de excepciones dilatorias, son la incompetencia o las de ilegitimidad de persona del demandante, éstas suponen falta de presupuestos procesales y como consecuencia de esta ausencia de requisitos trae aparejada la nulidad procesal, según el Código de Procedimientos Civiles, en los Arts. 1168, 1130. La competencia que no es posible prorrogar, da lugar a una nulidad absoluta; y el Art. 1131 Pr C., hace referencia de que la incapacidad o ilegitimidad de alguna de las partes, etc., da lugar a una nulidad de las que se ha denominado mixtas.

Cuando el proceso se encuentra afectado por falta de uno de estos presupuestos, el demandado puede recurrir a la excepción dilatoria, para que se subsane si es posible, pues si se trata de incompetencia por razón de materia no puede ser cubierto de ninguna manera.

2- Por medio de recurso: La nulidad procesal puede reclamarse mediante los recursos de apelación y casación.

Mediante el recurso de apelación procede cuando las nulidades producidas en el proceso que no hubieren quedado cubiertas durante el curso de la primera instancia, según los Arts. 1127 y 1128 Pr C.

También puede reclamarse la nulidad mediante este recurso, cuando dicha nulidad se refiera a la sentencia definitiva, señalada en el Art. 1130 Pr C, al decir: “la nulidad del fallo (sentencia definitiva) que no haya sido autorizado en forma legal, o en haberse pronunciado contra la ley expresa y determinante”, pues una vez “pronunciada la sentencia no se puede enmendar ni revocar por ningún motivo”, y únicamente quedan expeditos contra ella los recursos entre ellos el de apelación, mediante el cual se puede hacer uso para que el Tribunal de Segunda Instancia declare la nulidad, pues contra la sentencia definitiva no

puede ser empleado el incidente para que se de el pronunciamiento en mención. Art. 436 Pr C.

Recurso de Casación: Puede alegarse las nulidades procesales en casación, cuando habiéndose reclamado en Segunda Instancia las nulidades cometidas en primera instancia y que no fueren subsanadas, o que éstas hubieran sido cometidas durante el curso de la segunda instancia. El Art. 4 de la Ley de Casación señala los motivos por los cuales se admite este recurso, entre los cuales puede citarse como ejemplo el siguiente: La falta de emplazamiento para contestar la demanda o para comparecer en segunda instancia, según el Art. 4 # 1 L. de Casación, en este numeral en principio se evidencia que se refiere a nulidades pronunciadas en cualquiera de las instancias, pero para que proceda es requisito que la resolución a impugnar haya sido pronunciada en grado de apelación; es decir, que cuando se trate de nulidades en primera instancia, deben haberse reclamado por medio del recurso de apelación.

#### **a) Por medio de Incidente**

El incidente de nulidad es uno de los medios impugnativos de las nulidades del proceso de familia.

Según Carnelutti, “con la figura del vicio externo se vincula el remedio especial a que se le da el nombre de “Corrección”.”<sup>88</sup>

Según este autor, “la invalidación (incidente de nulidad) e impugnación (recursos) son dos especies del mismo género, o sea del remedio jurídico, y que una, la primera actúa sobre la legitimidad y la otra sobre la justicia del acto”.<sup>89</sup>

Es importante el señalamiento hecho por el autor, pues permite hacer una distinción entre los recursos y el incidente de nulidad, ya que el segundo está destinado a atacar los actos viciados para efecto de obtener su reposición.

---

<sup>88</sup> Carnelutti, Francesco. Derecho procesal civil. Pág. 787.

<sup>89</sup> Ibidem. Pág. 805.

Para otros autores la impugnación es el género y los recursos la especie, entre ellos puede citarse a Manuel Osorio al referirse a la impugnación procesal, dice: “que es el acto de combatir o refutar una actuación judicial, cualquiera sea su índole.”<sup>90</sup>

Al referirse a los recursos dice que “es el medio que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efecto de subsanar los errores de fondo o vicios de forma”.<sup>91</sup>

El hecho de citar a este segundo autor es con el fin de establecer que es en sí el incidente de nulidad, pues según Carnelutti, se trata de la invalidación del acto procesal, en el cual únicamente se denota el fin que tiene por objeto pero no así su naturaleza.

Más bien se afirmar que se trata de un medio de impugnación, pues es un instrumento que la ley otorga a la parte que se ve afectada por un acto viciado, para que mediante éste pueda obtener su reparación, lo cual concuerda con el concepto de medio de impugnación citado.

También se dice que es acertada la opinión de Carnelutti, al decir que actúa sobre la legalidad del acto, porque la nulidad procesal son vicios ocurridos en la formación del acto o ausencia de los elementos esenciales del mismo, y como consecuencia de esto el incidente viene, a atacar o delatar los errores del acto o la ausencia de los elementos, para que puedan ser saneados, más bien dicho es que, el incidente lo que trata es que se de cumplimiento a la forma y elementos señalados por la ley para la validez del acto, y no atañe a cuestiones esenciales que es en principal la finalidad del recurso, vale la pena poner de manifiesto que también los recursos atacan cuestiones de forma, pero sólo cuando no han sido subsanadas a través del incidente y han sido reclamadas en tiempo.

“Las nulidades procesales deben plantearse en la instancia en que se han ocasionado. Es decir, que el cuestionamiento debe hacerse ante el Órgano Judicial ante el que se cumplieron los actos defectuosos, procurando su reparación”. Arts. 1124 y 1127 Pr C, 218 y 59 inc. 2º Pr F.

---

<sup>90</sup> Osorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 366.

<sup>91</sup> Ibidem. Pág. 644.

En el Derecho Procesal de Familia, no fue regulada en forma amplia la nulidad, únicamente unos cuantos artículos hacen referencia a ella, entre los que pueden citarse los siguientes: Art. 30 Pr F, que establece reglas generales para las nulidades, Art. 35 Pr F, que se refiere a la nulidad de las notificaciones, Art. 36 inc. 2º Pr F. que habla de la nulidad cuando no se cita a una de las partes a la audiencia en la forma señalada.

En lo demás debido a la poca regulación de ésta, se aplican las mismas reglas y principios del Código de Procedimientos Civiles por aplicación supletoria, según lo dispuesto por el Art. 218 Pr F; pero sólo respecto a ello, ya que con respecto a su trámite se aplicará el general de los incidentes por disposición expresa del Art. 57 Pr F.

#### **5.2.12.9 Casos en que procede el Incidente**

- Nulidad por falta de emplazamiento. Arts. 1131 Pr C, y 4 de la Ley de Casación.
- Cuando no se realizan las notificaciones, citaciones en la forma prescrita por la ley. Arts. 1117 PrC., y 35 Pr F.
- La incompetencia no prorrogada en legal forma. Arts. 1116, 1130 Pr C.
- La falta de audiencia, para dictar una resolución cuando sea requisito señalado por la ley. Art. 1118 Pr C.
- Las resoluciones, decretos o diligencias que no estén autorizadas en legal forma. Art. 1119 Pr C., las resoluciones a que hace referencia este artículo son las interlocutorias pues para la definitiva sólo procede la apelación.
- La incapacidad o ilegitimidad de algunas de las partes que han intervenido en juicio. Art. 1131 Pr C.
- La falta de citación de alguna de las partes para la práctica de una diligencia de prueba, cuya práctica causa perjuicio al derecho de defensa de la parte en cuyo favor se estableciere. Arts. 242, 1120 Pr C., 54 Pr F.
- La denegación de prueba legalmente admisible y cuya falta ha producido perjuicios al derecho de la parte que la solicitó. Art. 1117 Pr C.

Existen casos que no pueden ser aplicados al proceso de familia por ser incompatibles con éste, como es el de la falta de recepción a prueba, contemplado en el Art. 1117 Pr C., pues éste habla del término probatorio, lo cual no procede en el proceso de familia, ya que la

prueba se recibe en la audiencia de sentencia, y por lo tanto no es procedente aplicarlo a éste. Art. 115 Pr F.

Es también necesario puntualizar, que cuando se ha producido una nulidad relativa durante el proceso, al darse cuenta el juez de la misma debe hacerla presente a las partes por decreto en el proceso, y si la parte afectada no lo reclama o ratifica expresamente lo actuado se continúa con el proceso; en el caso de que lo ratifique en forma expresa, se hace constar en el proceso su allanamiento. Arts. 1124 y 1125 Pr C.

Esto es aplicable al proceso de familia, según lo dispuesto en el Art. 218 Pr F.

Cuando la parte perjudicada por la nulidad la alega, se abre el incidente, que se tramita según el trámite general de éstos.

#### **5.2.12.10 Suspensión o no Suspensión del Proceso en Casos del Incidente de Nulidad**

Con respecto a esto no existe una posición uniforme en cuanto a la opinión de los autores, pues para algunos como lo es Luis Maurino consideran que es necesaria “la suspensión de la causa, pues de las cuestiones incidentales y de su suerte depende la eficacia de los actos procesales futuros, siendo lógico por consiguiente, que no continúe el procedimiento mientras no se resuelva definitivamente la nulidad”.<sup>92</sup>

Otra posición es la tomada por la ley procesal de familia, en la cual se establece que los incidentes no deben suspender el proceso, salvo excepciones, señalando los casos en que debe suspenderse, no estando comprendidos en ellos el incidente de nulidad. Art. 58 Pr F.

Lo anterior está en relación a las corrientes modernas del derecho, que sostienen que no debe suspenderse el proceso para resolver los incidentes.

Pero en el caso de la nulidad puede tener sus objeciones, ya que la prosecución de un proceso en el cual un acto procesal que ha sido afectado por un vicio y que afectará a los futuros, en este caso, la prosecución del proceso si bien es cierto, está a favor del principio de celeridad procesal y en aras de una pronta justicia; sin embargo atenta contra la economía procesal, pues de declararse la nulidad y al afectar a los actos consecutivos

---

<sup>92</sup> Maurino, Alberto Luis. Nulidades Procesales. Pág. 219.

estaría afectando en gran manera ya que no sólo no se lograría la celeridad del proceso, sino que además producirá un desgaste económico de las partes, y del Órgano Jurisdiccional.

Existe una postura aún más radical adoptada por la de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, la cual por reforma 34/1984; en el Art. 749, prohíbe expresamente el incidente de nulidad de resoluciones judiciales, disponiendo además que los vicios susceptibles de producir tal efecto, y este efecto no es otro que el de nulidad de las resoluciones judiciales, será hecho valer a través de los correspondientes recursos.

Y en cuanto a la reclamación de otras nulidades diferentes a las resoluciones afirma un carácter no suspensivo, en el Art. 745, según José María Martín, “esto se debió al abuso generalizado que se hacía del incidente, con el objeto de dilatar el proceso, el mayor tiempo posible.”<sup>93</sup>

Esta posición de acuerdo a lo antes anotado presenta la dificultad de que se continúe el proceso y que una vez decidido se reclama su nulidad, de declararse se anularían una serie de actos realizados innecesariamente lo cual va contra el principio de economía procesal.

Mediante los instrumentos empleados en la investigación se ha podido constatar que, el 69% de los encuestados los cuales representan a la mayoría opinan que debe suspenderse el proceso en el caso del incidente de nulidad.

Y en las entrevistas se obtuvieron posiciones encontradas al respecto, pues se obtuvo casi un equilibrio entre las posiciones de suspensión y no suspensión.

Sin embargo, no obstante las opiniones a las que se ha hecho referencia en el análisis de esta institución, se puede apreciar que ambas posiciones presentan dificultad y por ello se toma en consideración una posición ecléctica o intermedia, sostenida por Lino Enrique Palacio quien sostiene, que es más factible conceder al Juez la facultad discrecional para que éste pueda determinar si suspende o no el proceso, dependiendo de la naturaleza de la

---

<sup>93</sup> Martín de la Leona, José María. La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Pág. 311.

nulidad propuesta. Pues afirma que en el caso de la falta de emplazamiento para contestar la demanda, su misma naturaleza determina que debe suspender el proceso.

Esta posición puede decirse que es más aceptable, ya que con ello se permite al Juez considerar suspender o no el proceso tomando en cuenta los principios de celeridad y economía procesal.

Pues en materia procesal de Familia, son principios que sustentan al proceso y una regulación de esta forma permitirá una mejor adecuación a las circunstancias planteadas; principalmente puede suspenderse el proceso cuando se plantea la nulidad del emplazamiento, porque este por naturaleza, una vez admitido se debe declarar nulo lo actuado y mandar a emplazar nuevamente, lo que es atentatorio al principio de economía procesal en los casos de no suspensión del proceso.

Por lo tanto podría sostenerse que esta posición sería una alternativa viable, que se puede adoptar en futuras reformas ya que no atenta contra los principios del proceso de familia, sino que por el contrario se vuelve un garante de ellos.

#### **5.2.12.11 Ejemplo de Nulidad Procesal**

“En un juzgado “A” demanda a “B” en Juicio de Declaración Judicial de Paternidad; se admite la demanda y se ordena emplazar al demandado, una vez emplazado, el demandado dejó transcurrir el término de los quince días para contestar la demanda sin hacerlo; luego se realizó el examen previo con los documentos que constaban en el proceso y se señaló fecha para la audiencia preliminar.

En la audiencia preliminar, compareció la demandante quien fue representada por un auxiliar del Procurador; y el demandado quien no nombró apoderado, y todas las demás personas citadas para la audiencia.

Una vez constatada la presencia de las partes se pasó a la fase conciliatoria de la audiencia y en razón de no haber llegado a acuerdos el Juez resolvió ordenar, como prueba de oficio “prueba de exclusión de paternidad comisionando para ello al Instituto de Medicina Legal”.



Posteriormente, se pasó a la fase saneadora en donde se expresó que no se resolvían excepciones e incidentes por no haber.

Luego se pasó a la fijación de los hechos y por último se admitió la prueba documental y testimonial ofrecida por la demandante, y se señaló fecha para audiencia de sentencia.

El día de la audiencia de sentencia, ésta fue suspendida debido a que el Instituto de Medicina Legal no remitió la prueba ordenada; y por ello se ordenó practicar prueba de ADN; no se fijó fecha para audiencia en razón de no saber el tiempo que tardarían los resultados de la prueba de ADN.

Una vez que los resultados de la prueba de ADN llegaron al Juzgado se señaló la fecha para la audiencia de sentencia. El día de la audiencia el Juez percatándose en ese acto que la parte demandada no tenía Apoderado Judicial que lo representara; por lo que resolvió ordenando que se le nombrara un apoderado de oficio a fin de que lo represente en la audiencia de sentencia del juicio. Por el derecho de defensa del demandado, y ordenó suspender la audiencia hasta el nombramiento de abogado al demandado.

Se dio trámite a dicho nombramiento y una vez nombrado el abogado y aceptada la representación.

El apoderado del demandado presentó un escrito pidiendo se declarara la nulidad absoluta del proceso, por manifestar haber violado el derecho de defensa según los Arts. 3 literal “e” y 10 Pr F, y 11 Cn. (Ver anexo 7).

Una vez presentado el escrito el Juez procedió a resolver el incidente propuesto emitiendo la resolución:

En la que consideró que jamás se violentó la posibilidad de que el demandado pudiera comparecer a darse por entendido de los actos que se estaban llevando a cabo en el tribunal, ya que fue legalmente emplazado y notificado de toda resolución judicial que se dictó por

lo mismo no puede considerarse que se le violentó su derecho de audiencia, ya que precisamente el objeto del emplazamiento es, darle a la parte la posibilidad real de defensa al manifestarle los motivos por los cuales se le está demandando, para que éste comparezca, principio legal de innegable trascendencia, por otra parte nunca se le ocultó ninguna resolución judicial, siempre le fueron notificadas las providencias del juez cumpliéndose con el principio de contradicción. Un punto que no debe olvidarse es el principio de legalidad de las nulidades procesales que dice que ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada en la ley; tampoco puede considerarse que estuvo en situación de indefensión pues ésta consiste en la imposibilidad de poder ejercer la defensa material por el lado del demandado situación que antes se comprobó que nunca existió. Con respecto al examen previo este acto procesal no violenta el derecho de defensa de las partes, ya que ésta es realizada por el juez sin ser necesaria la presencia de ellos, en cuanto a la prueba científica ordenada esta no le causa agravio a ninguna de las partes, debido a que son realizadas a los intervinientes quienes son identificados por Medicina Legal sin que sus apoderados tengan alguna participación al momento de tomar las muestras sanguíneas, aunque las pruebas deben ser producidas en audiencia, se exceptúan los medios científicos de prueba por no haber en el Juzgado los medios necesarios para su realización, expresando el Juez que según la doctrina, si un acto procesal es perfecto en su forma pero equivocado en su contenido, es un acto injusto, contrario al derecho pero no es nulo. La nulidad constituye un error en las formas, no en los fines de la justicia queridos por la ley o Constitución, sino en los medios para obtener esos fines. El Tribunal puso en consideración las siguientes apreciaciones de carácter jurídico, el derecho como un fenómeno social de enorme trascendencia se rige por cambios de todo tipo social o culturales, jurídicos. Actualmente está en boga un movimiento constitucionalista que propugna por el respeto a principios procesales, entre ellos igualdad procesal, legalidad, defensa técnica al que hace referencia que se manifiesta, como la obligación de todo Estado de proporcionar asistencia letrada a las personas que acudan a cualquier tipo de procedimiento sea civil, penal, familiar, etc. Especialmente en los casos donde es indispensable la concurrencia de un abogado como es el caso de la audiencia preliminar o de sentencia, en las cuales las partes deben apoyarse de un abogado con el objeto de evitar una sentencia injusta; por todo ello el juez y en base a los Arts. 1, 3, 11, 17 Cn, 1115, 205, 220 Pr C; 218, 3 lit. b), 7 lit. d) Pr F y 350, 351, C. F. RESOLVIO: a)

Declarando sin lugar lo solicitado por el representante legal del demandado; b) Declarando nula la audiencia preliminar y lo que fuere consecuencia no así la prueba científica, ya que fue producto de la potestad jurisdiccional de oficio por parte del Juez y en interés superior del menor, señalando fecha para la celebración de la preliminar”.<sup>94</sup> Art. 30 Pr F.

En el caso citado, puede apreciarse que el Juez optó por aplicar lo que en doctrina se ha llamado “nulidades implícitas”, la cual contradice el principio de legalidad; pues la doctrina moderna admite que en ciertos casos existen nulidades no previstas por la ley expresamente, pero que resulta de principios contenidos en el texto. Así sucede cuando se violan garantías fundamentales, a lo que también se ha llamado caso de indefensión”.

Véscovi, manifiesta que existen discrepancias en relación al tema pero según su criterio “es que las nulidades de procedimiento deben ser sólo las establecidas por la ley.

Pero, habrá casos (llámasele, o no inexistencia), en los cuales también hay posibilidad de anular un proceso cuando existan vacíos que obstan a la Constitución de una relación procesal válida o se violen garantías al debido proceso, que en el fondo, surgen de normas positivas”.<sup>95</sup>

Tomando en consideración lo citado es aceptable dicha teoría, aunque puede afirmarse que en el caso en análisis no se trata de una inexistencia, porque el proceso fue constituido en la forma como la ley prescribe. Sino lo que ocurrió es que el demandado no tenía un apoderado quien realizara la defensa técnica en el proceso.

En materia procesal penal, la realización de actos procesales sin que el imputado cuente con defensor, es decir, quien realice la defensa técnica establecida en el Art. 10 Pr Pn. Cuando tal garantía procesal es violada da lugar a una nulidad absoluta contemplada en el Art. 224 # 4 Pr Pn; esto de establecer nulidad absoluta cuando se presenta un caso de esta índole, obedece a que está en juego la libertad individual del imputado.

---

<sup>94</sup> Expedientes de los Juzgados.

<sup>95</sup> Véscovi, Enrique. Teoría general del proceso. Pág. 264.

Ahora, tomando en cuenta lo contemplado en el Código de Procedimientos Penales y trayéndolo al campo del proceso de familia y principalmente en relación a lo dispuesto en el Art. 10 Pr F., en el cual se establece la procuración obligatoria, la ley quiso que las partes gozaran de defensa técnica en el proceso, y la falta de una persona letrada que desempeñe tal función en el proceso da lugar a la indefensión de una de las partes, violándose con ello la garantía constitucional de derecho de defensa contemplada en el Art. 11 Cn., dicha circunstancia ha sido la que se presentó en el proceso referido.

Teniendo en consideración la violación a la garantía mencionada y la predominación de la Constitución frente a las leyes secundarias, en base a esto se sostiene que puedan ser admitidas las nulidades implícitas; pero sólo en aquellos casos en que se violan principios o garantías fundamentales, sean constitucionales especialmente o de las que comprende el derecho procesal de familia, como es el caso en donde se causa indefensión.

En relación a la nulidad que se sostiene haberse producido en el caso en análisis, cabe preguntarse de qué tipo de nulidad se trata, si es absoluta como lo reclamó el apoderado del demandado o es relativa; pues como se dijo anteriormente, en el proceso penal es tenida como absoluta, la nulidad relacionada con la falta de quien ejerza la defensa técnica.

En materia Procesal de Familia, podría decirse que no se trata de una nulidad absoluta pues válidamente el apoderado del demandado, cuando éste comparece al proceso puede ratificar lo actuado si considera que no le afecta a su defendido, pues como se ha expresado anteriormente cuando se produce algún vicio, lo primero que hay que ver es si ha causado un daño a la parte que la reclama, pues de no ser así no se declara la nulidad.

Y en el caso de las nulidades absolutas, éstas no pueden cubrirse ni aún por expreso consentimiento y debe ser declarada aún de oficio. Art. 1130 Pr C.

Tal situación no está configurada en el caso de falta de defensa técnica, pues el que es nombrado para defender los derechos de una de las partes (en principal la del demandado), tiene la facultad para determinar la estrategia de defensa que se utilizará en la defensa de su representado, inclusive reclamar la nulidad podría no ser útil para el caso por no constituir vulneración a los derechos de su representado.

En cuanto a la resolución que se emitió en el proceso, se puede decir, que estuvo apegada a derecho porque el hecho de no haber nombrado apoderado, no es causa para que se anule un proceso, ya que el emplazamiento tiene esa finalidad, es decir, poner en conocimiento del demandado sobre la existencia de la demanda para que el demandado comparezca a defenderse; en este caso el emplazamiento fue hecho en legal forma; en cuanto al exámen previo, es una fase que el Juez realiza sin intervención de parte, según el Art. 98 inc. 1º Pr F., en consecuencia, no podría haber indefensión en dichas etapas del proceso. En relación a la prueba de oficio ordenada tampoco hay indefensión pues es una facultad del juez ordenarla según lo dispuesto por el Art. 7 literal c) Pr F.

En la audiencia preliminar puede afirmarse que efectivamente se produjo la indefensión citada, puesto que la misma ley procesal de familia contempla que en ésta, las partes serán asistidas por sus apoderados o representantes legales, podría decirse que la asistencia a la que la ley se refiere aunque no lo dice expresamente, consiste en la asesoría legal que pueda brindar a su representado y en este caso el demandado no contó con dicha asistencia vulnerándose su derecho de defensa, ya que carecía de una persona que lo orientara en el proceso y además lo ayudara a proporcionar los medios de defensa tendientes a poder defenderse en el juicio. Art. 100 Pr F.

Otro aporte muy importante que puede considerarse en el caso en análisis, es el momento en que fue resuelto, pues si bien es cierto no se cumplió con el derecho de audiencia a la parte contraria señalado por el Art. 61 inc. 1º y su resolución en audiencia como lo señala el mismo artículo en el inciso 2º Pr F. Si no que una vez propuesto fue decidido incluso antes de la audiencia de sentencia en el que tenía que ser resuelto. Art. 115 Pr F.

Pero es importante destacar que si se lleva hasta la audiencia de sentencia y en ella se decide ordenando reponer la audiencia preliminar, tarda más tiempo el proceso en resolverse ya que después de propuesta y mandar a oír a la parte contraria hay que esperar que se llegue a una de las audiencias para decidir en ella sobre el incidente planteado. Situación que no aconteció, si no que una vez propuesto se decidió y se mandó a reponer la audiencia preliminar, porque de haberse llevado hasta la audiencia de sentencia habría

tardado más el proceso, máxime cuando se tiene que regresar a una etapa anterior como en el presente caso.

Por lo que sería más factible que en el caso de nulidad procesal como éste, decidir después de propuesto el incidente previa audiencia de parte, pero para ello es necesario reformar como ya antes se dijo, cuando se trató el tema de la suspensión o no del proceso, en el caso de la nulidad procesal.

### **5.2.13 SUSTANCIACIÓN DE LOS INCIDENTES GENERALES**

#### **5.2.13.1 Interposición**

Pueden ser propuestos desde la demanda hasta la celebración de la audiencia preliminar, significa que si no fueron propuestos en este lapso de tiempo si ya existieren deberán ser rechazados por el Juez (rechazo in limine). También pueden ser propuestos después de la audiencia preliminar pero sólo cuando se refieren a hechos sobrevinientes. Ejemplo cuando se tenga un justo impedimento para no concurrir a la audiencia de sentencia. Art. 59 Inc. 1º Pr F.

#### **5.2.13.2 Forma de Interposición**

Pueden proponerse en forma verbal o escrita; cuando se hace por escrito la ley señala que el escrito no requiere de formalidades especiales, que basta con indicar claramente la petición, expresar los hechos con que lo fundamenta y mencionar específicamente los medios probatorios que se acompañen u ofrecen. Art. 60 Pr F.

Estos requisitos que debe contener el escrito son necesarios que sean comprendidos para que pueda tramitarse el incidente, en la práctica en ocasiones se solicitan incidentes, y el escrito no cumple con los requisitos en mención, en estos casos la ley no dice si deben ser rechazados por dicha omisión, o que debe hacerse en tal situación. Art. 60 inc. 2º Pr F.

Lo que se hace en la práctica es que se previene a la parte solicitante que subsane la omisión, esto puede decirse es lo correcto porque en los procesos debe fomentarse la cultura de la prevención, y para el caso se puede aplicar por analogía el Art. 96 Pr F., ya

que en el fondo la solicitud de un incidente constituye una demanda y así es concebida por los tratadistas como demanda incidental.

### **5.2.13.3 Trámite**

#### **a) Incidente antes de la Audiencia**

Cuando el incidente se promueve antes de las audiencias sea la preliminar o de sentencia, se manda a oír a la parte contraria por el término de tres días, dicho término es perentorio según el Art. 25 Pr F.

La parte contraria deberá verter su opinión mediante escrito, esa contestación también debe cumplir con los requisitos señalados en los Arts.60 inc. 2° relacionado con el 61 Inc. 1° Pr F.

Puede ocurrir que la parte no conteste, en ese caso la no contestación no tiene mayor relevancia, pues la razón por la que se manda a oír es para que se oponga o admita el incidente, en el primer caso debe ofrecer prueba para sustentar la oposición por consiguiente de no hacerlo simplemente se resuelve con lo aportado por el solicitante.

Durante el desarrollo de la audiencia y con carácter previo a la cuestión principal, se recibe la prueba del incidente, si fuere necesario y evacuada se resolverá. Art. 61 inc. 2° Pr F.

Cuando se trata de la audiencia preliminar se deben decidir los incidentes en la fase saneadora de la misma. Arts. 106 y 107 Pr F.

Si se trata de la audiencia de sentencia se deben decidir antes de entrar a recibir la prueba, según el Art. 115 Pr F., pero previamente se debe constatar la presencia de las partes. Art. 114 Pr F.

### **b) Incidente en Audiencia**

Cuando el incidente se produce en la audiencia se escucha a la parte contraria en el mismo momento, y se decide de inmediato. Art. 62 inc. 1º Pr F.

También puede acontecer que el incidente que se plantea requiera de prueba que no se pueda incorporar durante la misma, se resolverá en audiencia posterior con prelación a los demás asuntos. Art. 62 inc. 2º Pr F.

Con relación a esto puede hacerse la siguiente consideración y es que si se trata de la audiencia preliminar no existe mayor problema pues se deciden en la audiencia de sentencia, y así lo contempla el Art. 115 Pr F.

Pero que ocurriría si se tratara de la audiencia de sentencia, en este caso, lo que debe hacer el juez es suspender la audiencia en base al Art. 120 Pr F, mandar a recibir la prueba y señalar fecha para la continuación de la audiencia.

#### **5.2.13.4 Resolución**

La sentencia que se emite para resolver el incidente es una sentenciainterlocutoria, la cual puede estar incorporada al acta que se levanta de la audiencia preliminar, o al documento o escrito que contiene la sentencia definitiva cuando se produce en la audiencia de sentencia. Art. 104 Pr. F.

Pero en ninguno de estos casos se trata de un tipo de resolución diferente, ya que lo que ocurre es que la sentencia interlocutoria se encuentra incorporada a esos documentos.

#### **5.2.13.5 Recursos**

Contra la sentencia interlocutoria que decide o deniega la sustanciación sobre esta clase de incidentes procede el recurso de revocatoria, y el recurso de apelación. Arts. 150 y 153 literal i) Pr F.

#### **5.2.13.6 Efectos**

Si no es admitido el incidente, el proceso continúa como si nada hubiese ocurrido.

Pero si es admitido el efecto dependerá de la clase de incidente promovido, así:



- Si se trata de litisconsorcio o intervención de terceros, si se le diera trámite incidental, ya que en la práctica no se hace así, el efecto sería, tener integrado el litisconsorcio o conceder la intervención al tercero.
- Si se trata de modificación o extinción de medida cautelar, se tendrá por sustituida, reducida, ampliada, extinguida o levantada la medida cautelar impuesta.
- Si se trata de solicitud de rechazo de prueba, se tendrá por no admitida la prueba ofrecida o por improcedente la producción de prueba anticipada.
- Si se trata de justo impedimento, se tendrá por establecido y por consiguiente se mandará a conceder un nuevo término para la realización del acto procesal o se mandará a realizar la audiencia o acto al que no pudo asistir, o por sustituido el testigo.
- Si se trata de ejecución de suma ilíquida, se tendrá por establecida la cantidad a pagar.
- Si se trata de objeción de cuenta rendida por el tutor, se mandará a pagar el dinero que falte.
- Si se trata de exclusión de bien propio en bienes de la comunidad diferida, se tendrá por excluido el bien.
- Si se trata de falsedad, se tendrá por falso el documento y en consecuencia carente de valor probatorio, además se dará aviso a la Fiscalía.
- Si se trata de verificación de documento privado, se tendrá por reconocido y en consiguiente se le concederá la fuerza probatoria de escritura pública.
- Si se trata de nulidad procesal, se tendrá por nulo el acto procesal impugnado y en consecuencia se mandará a reponer los actos invalidados, desde el primer acto inválido.

### 5.3 TÍTULO III

#### INCIDENTES ESPECIALES

A continuación para una mejor comprensión de este título se presentan dos listados que corresponden a los Incidentes Especiales. En el primer listado aparecen los incidentes que interrumpen el proceso y en el segundo se encuentran los que no lo hacen. En ambos listados los incidentes especiales aparecen con su respectivo momento procesal.

#### **Incidentes que interrumpen**

#### **Momento Procesal**

Acumulación de Procesos

Preprocesal, Procesal y Postprocesal

Conflicto de Competencia

Preprocesal y Procesal

Recusación

Preprocesal y Procesal

Impedimento	Preprocesal y Procesal
Excusa	Preprocesal y Procesal
Tercería	Postprocesal

<b>Incidentes que no interrumpen</b>	<b>Momento Procesal</b>
Excepciones dilatorias	Procesal
Medidas Cautelares	Preprocesal, Procesal y Postprocesal
Inhibitoria de jurisdicción	Preprocesal y Procesal

### **5.3.1 EXCEPCIONES DILATORIAS**

Las excepciones dilatorias son una especie dentro del género de las excepciones.

#### **5.3.1.1 Definición de Excepciones**

“Todas las defensas que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda, sea que se desconozca el derecho que de ello pretenda derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento”.<sup>96</sup>

“Toda defensa que el demandado opone para dilatar o destruir la acción del demandante”.<sup>97</sup>

“Es el derecho de defensa, el de contradecir la pretensión (contradicción) es la facultad de presentarse al juez para contradecir la acción”.<sup>98</sup>

En sentido amplio es sinónimo de cualquier defensa (oposición) frente a la pretensión del actor.

#### **5.3.1.2 Clasificación**

A su vez las excepciones pueden clasificarse en dilatorias, perentorias y mixtas.

Perentorias: Es toda defensa que el demandado pueda oponer, generalmente en la contestación de la demanda sobre el fondo del asunto para destruir la acción del demandante.

<sup>96</sup> Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil. Pág. 79.

<sup>97</sup> Tabora, Tito Livio. Juicio ordinario, código de procedimientos, antecedentes y comentarios. Pág. 71.

<sup>98</sup> Véscovi, Enrique. Teoría general del proceso. Pág. 75.

En materia civil éstas pueden ser propuestas en cualquier estado del proceso antes de la sentencia definitiva, Art. 131 Pr C., y en materia de familia éstas pueden alegarse al momento de contestar la demanda, y si fueren sobrevivientes, es decir, después de contestar la demanda, en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia definitiva. Art. 51 Pr. F.

Mixtas: Estas “son llamadas también perentorias deducidas en forma de artículo previo”, son aquellas que funcionando procesalmente como dilatorias, provocan, en caso de ser acogidas, los efectos de las perentorias. Ejemplo: La Cosa Juzgada y la Transacción.

Estas no son reguladas en nuestra legislación en una forma especial, y por tanto se les aplica el mismo trámite de las perentorias.

Estos dos tipos de excepciones antes mencionados, se considera que no son incidentes dentro del proceso en virtud de que atacan la cuestión principal del proceso y en consecuencia no reúne el requisito de accesoriadad que es la nota distintiva de los incidentes procesales.

Excepciones dilatorias: “toda defensa que el demandado opone antes de la contestación de la demanda, a modo de artículo previo y especial pronunciamiento y como tal, su efecto es el de dilatar, diferir o suspender la entrada en el juicio”.<sup>99</sup>

“La excepción dilatoria, en términos generales tienen por objeto preveer la regular constitución inicial del proceso, evitando las nulidades, la sustanciación que puede ser inútil, más gravosa, que dificulte la defensa, o que deje sin posibilidad de efectiva ejecución de la sentencia”.

Su finalidad es delatar la falta de presupuestos procesales, con los que se ha constituido el proceso.

---

<sup>99</sup> Tabora, Tito Livio. Ob. Cit.. Pág. 71.

Como se puede apreciar en el Art. 50 Pr F, aún se mantiene el término de excepciones dilatorias, el cual para dicha ley ya no se encuentra ajustado a las corrientes modernas con las cuales se sustentó su creación, pues como se aprecia estas excepciones no tienen el efecto de postergar el proceso en razón que para su sustanciación, no es necesario paralizar el proceso. Es decir “que llamar excepciones dilatorias, a las que se interponen para efecto de denunciar falta de presupuestos para la constitución válida del proceso, no tiene sentido porque no tienen ese efecto; en la corriente moderna se les ha denominado a las dilatorias: Excepciones Procesales, pues se sostiene que nada debe dilatar la constitución de la relación jurídico procesal.”<sup>100</sup>

Las excepciones dilatorias (procesales), que pueden producirse en el proceso de familia son las siguientes:

### **5.3.1.3 Excepción de Incompetencia de Jurisdicción**

Esta excepción en la práctica no es muy común que se produzca en los procesos de familia debido a que el juez posee la facultad para calificar su competencia desde el momento de la presentación de la demanda, por tanto en la mayoría de los casos la incompetencia es declarada de oficio por el Juez, ya sea por razón de la materia o por razón del territorio. Arts. 6 lit. a) y 64 Pr F.

Excepcionalmente en el proceso de familia puede producirse y por ello se hará el análisis de la misma.

La excepción de incompetencia es llamada declinatoria, “porque el demandado declina o elude por medio de ella la jurisdicción del juez ante quien ha sido citado y emplazado, pidiéndole que se abstenga o se inhiba del conocimiento del negocio, y remita los autos al tenido por competente.”<sup>101</sup>

“La competencia del Juez es un presupuesto procesal o un requisito de la sentencia de fondo, que no podría ser dictada válidamente por el juez que careciera de competencia. Cabe señalar que como tal presupuesto procesal constituye, en su aspecto negativo, un

---

<sup>100</sup> Vécovi, Enrique. Ob. Cit.. Pág. 78.

<sup>101</sup> Tabora, Tito Livio. Ob. Cit.. Pág. 75.

impedimento procesal que el Juez puede declarar de oficio, inhibiéndose de conocer en el litigio.

La sentencia que dicte declarando la existencia del impedimento solamente produce, cosa juzgada formal, y la cuestión debatida puede ser resuelta por una sentencia de fondo pronunciada por el Juez competente.”<sup>102</sup> Art. 64 Pr F.

Las causas de incompetencia en los procesos de familia a diferencia del proceso civil, sólo son dos:

- a) Por razón de la materia o improrrogable.
- b) Por razón del territorio o prorrogable.

Ya que por la naturaleza del proceso de familia, no tienen cabida las causas con relación a la clasificación de los juicios por el valor de la cuantía, y la jerarquía de los jueces como en materia procesal civil.

Un punto importante de tratar, es lo siguiente, según la tesis de la Lic. Xiomara Lazo, en su planteamiento manifiesta que “en cuanto a esta excepción debería haber un pronunciamiento previo antes de realizarse la conciliación, en la fase saneadora de la audiencia preliminar pues como más adelante se verá, las excepciones son resueltas en dicha audiencia, ésta situación, manifiesta, se debe a que cuando las partes concilian sobre todos los puntos alegados en la demanda, el Juez está facultado para dictar sentencia definitiva según el Art. 110 Pr F. Considera que esto puede dar origen a la nulidad absoluta con base al Art. 1130 Pr C., por lo que sería más saludable resolver dicho incidente antes de la audiencia preliminar o como artículo previo a la conciliación.

Respecto a este punto se puede decir que no es tan cierto que se estaría frente a una sentencia nula, en el caso que se alegara la incompetencia y en la audiencia preliminar se llegara a una conciliación sobre todos los puntos contenidos en la demanda, sin llegar a la fase saneadora que es donde se deciden las excepciones, pues de acuerdo con la ley y la doctrina la competencia por razón del territorio es prorrogable y esto se puede deducir de lo

expuesto en el Art. 32 Pr C. El cual expresa que la prórroga se verifica por consentimiento expreso o tácito, a consecuencia de ello se deduce que si las partes llegan a arreglos sobre todos los puntos de la demanda y no persisten en la incompetencia se entiende una renuncia tácita o desistimiento de la pretensión de solicitar que el juez se declare incompetente. No obstante, en uno de los juzgados de familia según entrevistas realizadas manifiestan que le preguntan a la parte “si se somete a la competencia de dicho tribunal”, como una forma de obtener una prórroga de la competencia en forma expresa, esto si bien está demás pero no es problema porque con ello se salvaguarda el juez de cualquier maniobra maliciosa que trate de emplear el litigante.

#### **5.3.1.4 Excepción de Litispendencia**

Uno de los efectos procesales de la presentación de la demanda es la exclusión del conocimiento del mismo asunto por otro tribunal o juez competente. El que pende ya, debe excluir al otro (nuevo pleito). El fin que se persigue con esta excepción, es la de evitar dos resoluciones distintas sobre idéntica cosa jurisdiccional, como asimismo ahorrar un trabajo inútil a los tribunales por el principio de Economía Procesal, y evitar inconvenientes y molestias al demandado.

Esta excepción puede interponerse cuando hay otro pleito pendiente por demanda principal o reconvenición en donde el demandado reconvenido pasa a ser verdadero demandado y como resultado no se le puede negar que oponga la excepción de litispendencia.

**Identidad de Juicio:** Se debe precisar la relación que debe existir entre el litigio excluyente y el actual. Para ello se debe remitir a la doctrina expuesta acerca del contenido de la demanda para su identificación. Según ésta, sólo se justifica la excepción: Cuando en dos juicios concurra la triple identidad de los procesos, es decir, las mismas personas en igual calidad jurídica, la misma causa o título, y el mismo objeto.

#### **a) Diferencia y Semejanzas entre Litispendencia y Cosa Juzgada**

---

<sup>102</sup> De Santos, Víctor. El proceso civil. Pág. 355.

Con respecto a esto, se dice que la excepción de litispendencia es a la instancia, lo que la cosa juzgada es a la acción. Aquella impide el nacimiento innecesario de un proceso, y la cosa juzgada extingue la acción.

La litispendencia opera en el proceso de familia como excepción dilatoria (procesal), y la cosa juzgada opera como perentoria.

La litispendencia supone la existencia de un proceso en marcha, y la cosa juzgada un proceso definitivamente fallado.

La cosa juzgada se asemeja a la litispendencia pues las dos suponen la existencia de dos juicios y la misma identidad de personas, cosas y acciones.

#### **b) Regla Aplicable a la Litispendencia**

La litispendencia es procedente en los procesos de familia, además respecto de ella, existe una regla establecida por el Art. 44 Pr C. La cual se aplica supletoriamente en base al Art. 218 Pr F y consiste en que “de dos jueces competentes conocerá el que primero prevenga, la competencia se previene por el emplazamiento para contestar la demanda”. En ese sentido de dos demandas interpuestas en juzgados diferentes y habiéndose alegado la excepción de litispendencia, conocerá el que primero halla emplazado, y ésta es aplicable para determinar que proceso es el que se va a suspender.

#### **5.3.1.5 Excepción de Ilegitimidad de persona en alguna de las partes**

Todo proceso requiere para su constitución regular que el actor posea capacidad procesal (Art. 16 Pr C) y si actúa por apoderado que éste tenga un poder suficiente y válido. Si no se dan estos presupuestos el demandado puede oponer la excepción de falta de personería en el demandante o su representante, por carecer de capacidad para estar en juicio o representación suficiente.

Sin embargo, debe hacerse distinción entre lo que constituye la falta de personalidad, la cual consiste, en la falta de capacidad para ser parte en sentido procesal; y la falta de personería que atañe a la falta o insuficiencia del mandato del apoderado.

Los supuestos antes mencionados son motivos para interponer la excepción en estudio. En cuanto a la falta de capacidad para estar en juicio (falta de personalidad): ésta se refiere a la ausencia de los requisitos necesarios para intervenir en los juicios por ellos mismos, y como consecuencia, tiene que actuar por medio de sus representantes. Dentro de ello, se puede mencionar: a) los menores de edad, según los Arts. 345 C F y 218 Pr F relacionado con el 16 Pr C; b) los mayores de edad, declarados incapaces. Art. 16 Pr C.

Falta de representación suficiente (falta de personería): Cuando el actor no se represente por su propio derecho quien lo representa deberá acreditar con la documentación respectiva, el carácter de representación. Esta documentación puede consistir en: a) Las partidas de nacimiento en caso de invocar la representación de hijos; b) Los documentos en que conste el nombramiento de tutor de menores de edad o curador de incapaces; c) En la escritura de mandato para actuar en juicio de familia. Art. 11 Pr F.

Por lo general el sujeto pasivo de la excepción es el actor, y por vía excepcional o especial puede ser sujeto activo es decir quien oponga la excepción. Tal situación puede ocurrir en dos circunstancias: 1) Que haya sido reconvenido, en este caso no se observa mayor dificultad pues en virtud de la reconvenición el actor adquiere la calidad de demandado ya que fue objeto de contrademanda interpuesta al momento de contestar la demanda que él interpuso; 2) que el demandado al contestar la demanda incurra en uno de los supuestos de falta de personería mencionados anteriormente.

En este caso si se trata del demandado quien ha incurrido en tal situación, puede pedir el actor la subsanación del defecto procesal por vía incidental, y no mediante la oposición de la excepción la cual no es posible en dicho caso.

Es decir, en un juicio simple y no doble cuando es el demandado el que ha incurrido en la producción del defecto de falta de personalidad o personería, daría lugar a la sustanciación de un incidente procesal para el cual debe estarse al trámite general. Art. 13 Pr C.



Esta excepción en cuanto al demandante se da con cierta frecuencia en los juzgados de familia y en cuanto al demandado difícilmente puede ocurrir pero es importante considerarlo. En cuanto al primer caso, se puede citar el siguiente ejemplo: En un proceso en el cual el apoderado del demandante al momento de presentar la demanda, conjuntamente presenta documentos anexos a ésta, consistente en escritura de poder conferida a favor de otro licenciado y acta de sustitución a su favor; la demanda y los documentos anexos fueron admitidos, se mandó a emplazar a la parte contraria, la cual al contestar la demanda, alegó la excepción de falta de personería, manifestando que su existencia se deducía de los mismos documentos presentados por la parte actora ya que el poder había sido otorgado a los 17 días del mes de abril de ese año, a favor del licenciado X y la sustitución del poder había sido otorgada el día 7 de abril del mismo año, a favor del actual apoderado de la parte actora. En consecuencia, el representante del demandado pidió que se le diera trámite a la excepción para que el apoderado del demandante legitimare su personería. Posteriormente el juez tuvo por contestada la demanda e interpuesta la excepción dilatoria (procesal) de falta de personería de conformidad a los Arts. 61, 106 y 107 Pr.F., mandando a oír a la parte contraria por el término de tres días. La parte actora al tener conocimiento de la excepción (cuando se mandó a oír su opinión) respondió, que se debió a un error involuntario en cuanto a la fecha del acta de sustitución que aparecía anterior al poder otorgado a favor del licenciado X, por lo que aceptando dicho error presentó nuevamente acta de sustitución con las formalidades legales correspondientes.

Al momento de la fase saneadora de la audiencia preliminar, se procedió a resolver ésta excepción dilatoria (procesal), escuchando primeramente a la parte que alegó la excepción, luego a la otra parte y por último a la procuradora de familia adscrita al juzgado. Finalmente el juez dictó resolución una vez analizados todos los hechos planteados en torno al incidente y los documentos presentados, admitiendo la excepción de falta de personería, pero manifestó que en virtud de haber sido subsanada por la parte demandante al momento de oír su opinión, consideró tener por legitimada la personería con que actuaba el apoderado del demandante, fundamentando la resolución en los Arts. 98 inc. 2° y 106 Pr F.

#### **5.3.1.6 Excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda**

El Art. 96 Pr F da la impresión que no puede presentarse en materia de familia este tipo de excepción, porque en dicho artículo se le concede la facultad al juez para que cuando la demanda carezca de algunos requisitos exigidos, el juez ordene su subsanación por medio de la prevención, subsanación que deberá hacer dentro de tres días siguientes a la notificación bajo pena de inadmisibilidad; pero esto en la investigación ha sido desvirtuado ya que se ha podido constatar que tales excepciones pueden presentarse debido a la carga de trabajo que tienen los juzgados, en ocasiones por error involuntario se admiten demandas a la que les falta algún requisito.

En cuanto a esta excepción, ésta no hace referencia al fondo de la demanda sino que solamente procede cuando por su forma el contenido de la demanda, no se ajusta a los requisitos esenciales que establece la Ley Procesal de Familia.

En esta excepción ocurren dos supuestos:

- 1) Oscuridad de la demanda: Esta tiene lugar cuando en el texto de la demanda no se ha expresado con toda claridad la pretensión del demandante, ya sea porque en la demanda no están claramente narrados los hechos en que se fundamenta o porque en la parte petitoria se pide algo diferente a lo que fluye de la exposición fáctica o que lo pedido no es claramente perceptible. Art. 42 lit. e) Pr F.
- 2) Informalidad de la demanda: procede cuando no fue formulada con los requisitos legales exigidos por la ley. Arts. 42 y 218 Pr F. relacionado con el Art. 193 Pr C.

### **5.3.1.7 Sustanciación de las Excepciones**

#### **a) Interposición de las excepciones dilatorias (procesales)**

En cuanto al momento procesal y la forma para interponer las excepciones dilatorias en el proceso de familia, es al contestar la demanda, en cuanto a la forma ésta debe ser escrita porque van contenidas en el mismo escrito de la contestación de la demanda, según el Art. 50 Pr F. Además al escrito se acompañan los medios probatorios específicos con que se cuenta o se ofrecen. Art. 60 Pr F., si se hace fuera del momento señalado por la ley deberán ser rechazados de oficio por extemporáneo. Arts. 130 Pr C y 218 Pr F.

El plazo para contestar la demanda en el proceso de familia es de quince días según el Art. 97 Pr F, se entiende que es el mismo plazo para oponer las excepciones dilatorias, en virtud de que se hace en el mismo escrito de la contestación de la demanda.

Dicho plazo se cuenta en días hábiles y es perentorio salvo justa causa. Arts.24 y 25 Pr F.

Las excepciones dilatorias deben oponerse todas, a un mismo tiempo y en un mismo escrito Arts. 60 y 218 Pr F., relacionado con el 130 Pr C.

### **b) Trámite de las Excepciones Dilatorias**

Interpuesta la excepción el juez mandará a oír a la parte contraria por tres días, la que deberá contestar mediante escrito que deberá comprender los requisitos del Art. 60 inc.2° Pr F. Este plazo es perentorio e improrrogable tal como se manejan todos los plazos en el proceso de familia salvo que exista justa causa Art. 25 Pr F.

El demandante respecto al traslado que se le ha corrido puede adoptar tres posiciones:

- 1) La de oponerse a la excepción interpuesta por el demandado y ofrezca prueba.
- 2) No oponerse a éstas.
- 3) No contestar.

En cualquiera de estos casos el juez resolverá en audiencia declarando si hay o no lugar a la excepción alegada.

En cuanto a la recepción de prueba de las excepciones dilatorias la ley procesal de familia fue precisa en el Art. 98 inc. 2°, si las excepciones dilatorias planteadas necesitan de prueba, estas se recibirán en la audiencia preliminar y si por la naturaleza de la prueba que se ha solicitado no es posible practicarse en audiencia se deberá proceder de conformidad a la prueba anticipada.

### **c) Momento en que deberán ser decididas y resolución**

El momento que la ley señala para resolver las excepciones dilatorias, es la fase saneadora de la audiencia preliminar y para efecto de su resolución el juez escuchará a las partes, recibirá la prueba y resolverá. Art. 106 Pr F.

Además puede ocurrir que no sean resueltas por diversas circunstancias y por consiguiente la ley establece que deberán resolverse en la audiencia de sentencia y específicamente antes de la recepción a prueba es decir antes de entrar a conocer del mérito del asunto, según el Art. 115 Pr F., el cual expresa que una vez resueltas las excepciones dilatorias que no lo fueron en la audiencia preliminar, así como los incidentes y demás asuntos pendientes, el juez procederá a la recepción de pruebas.

El Art. 106 Pr F, habla del momento de resolverlas y el Art. 61 inc. 2º Pr F., menciona el orden a seguir en cuanto como fallar los incidentes estableciendo que se deciden primero sobre lo accesorio previo a la cuestión principal.

De lo cual se denota su previo y especial pronunciamiento; también con relación a la resolución de las excepciones es importante señalar, que el Código de Procedimientos Civiles en el Art. 519 manifiesta que debe existir una prelación o preferencia en cuanto a la resolución de tal suerte que el juez debe resolver **primero sobre la incompetencia** o declinatoria; en caso de declararse competente para conocer entrara a resolver **en segundo lugar sobre la litispendencia**, y seguidamente sobre las demás restantes; entre las cuales ya no marca prelación aunque la lógica pide entrar primero en el exámen de la legitimidad de persona de alguna de las partes y después en el defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Una vez escuchadas la parte, y recibida la prueba el juez de la causa procede a dictar la resolución pertinente guardando el orden lógico antes expresado. La cual podrá consistir en: a) declarar a lugar la excepción dilatoria b) declarar no a lugar la excepción dilatoria. Esto de guardar un orden en cuanto a la prelación o preferencia en que deben decidirse las excepciones dilatorias, en la ley no está expresado pero por las reglas de la lógica puede aplicarse.

#### **d) Recursos**

Por tratarse de una sentencia interlocutoria simple la que decide sobre las excepciones dilatorias admite los recursos de: Revocatoria el cual es decidido por el mismo juez de la causa, y apelación que es decidido por la cámara. Arts. 150 y 153 lit. e) Pr F.

#### **e) Efectos de la resolución**

Una vez dictada la resolución y encontrándose firme produce los siguientes efectos:

- 1) Si es declarada no a lugar, el proceso sigue su curso normal como si nada hubiera ocurrido.
- 2) Si es admitida la excepción dilatoria el efecto dependerá del tipo de excepción interpuesta y podrán ser:
  - a) Si es incompetencia, el juez incompetente lo remitirá al juez competente Art. 64 Pr F.
  - b) Si es litispendencia, se suspende el más nuevo y continuará el más antiguo.
  - c) Si se trata de las excepciones de ilegitimidad en la persona de alguna de las partes o de defecto legal en el modo de proponer la demanda; en estos casos el juez previene a la parte que ha incurrido en tales defectos para que los subsane.

### **5.3.2 LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS O DE AUTOS**

“La acumulación de procesos es una especie dentro del género de la acumulación, en el sentido de que acumular consiste en juntar. Esta puede atender a distintas circunstancias: Acciones (pretensiones) por parte del actor o demandado a través de la demanda y de la reconvencción; varios litigantes por parte (litisconsorcio) o varios juicios (acumulación de procesos).”<sup>103</sup>

#### **5.3.2.1 Definición de acumulación de procesos**

Acumulación de procesos es la reunión material de dos o más procesos que están ya en tramitación en un mismo juzgado u otro diferente; los cuales vienen a constituir uno solo para continuarse y decidirse en un mismo juicio.

**Naturaleza:** Es una institución procesal fundada en la conexidad de litigios ideada por el legislador para asegurar la certeza y evitar la contradicción entre las sentencias.

**Finalidad:** Es la de evitar sentencias contradictorias en razón del principio de economía procesal y de la cosa juzgada que puede originarse en relación a los otros procesos como excepción, y además la de brindar seguridad jurídica.

### **5.3.2.2 Sustanciación de la Acumulación**

#### **a) Proposición**

Cuando la acumulación es a solicitud de partes se interpone por escrito según lo dispuesto por el Art. 73 inc. 2º; la oportunidad para hacerlo es a partir de la demanda hasta antes de encontrarse el proceso en estado de dictar fallo. También puede ser propuesta cuando está en estado de ejecución de la sentencia entre procesos de diferente materia. Arts. 71 lit. b) y 218 Pr F., relacionado con el 548 Pr C.

#### **b) Requisitos indispensables para su procedencia**

- 1- Que el tribunal en que se realice la acumulación sea competente en razón de la materia para conocer de los procesos.
- 2- Que se encuentren en primera instancia y no estén en estado de dictar fallo.
- 3- Que se encuentre en uno de los casos de los señalados en el literal c) del artículo 71 Pr F.

#### **c) Trámite**

Una vez presentada la solicitud de acumulación en la cual el solicitante deberá expresar en que la fundamenta y cuando los procesos sean tramitados en juzgados distintos deberá anexar constancia sobre la existencia de dichos procesos, el estado en que éstos se encuentran, la fecha de notificación de la demanda y la fecha de la práctica de medidas cautelares cuando se hubiesen dictado y copia de la demanda. Art. 73 inc. 1º Pr.F.

Una vez presentado este escrito se suspende el proceso, sin perjuicio de las medidas de urgencia que fueren procedentes, (Art. 73 inc. último) “El proceso en que se pide la acumulación se suspenderá desde que se presente la solicitud respectiva y el requerimiento

---

<sup>103</sup> Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Pág. 551.

tendrá igual efecto en los procesos restantes. Todo sin perjuicio de las medidas de urgencia que sean procedentes”. Art. 73 inc., último Pr.F.

Del escrito presentado por el solicitante pidiéndose se dé trámite a la acumulación. Se le notifica a la parte contraria para que dentro de los tres días siguientes vierta su opinión, con respecto al incidente propuesto. La parte contraria puede adoptar tres actitudes que pueden ser: Que conteste oponiéndose, allanándose o que no conteste. En los dos primeros casos deberá contestar por escrito y dicho escrito debe ser redactado en base a los requisitos señalados por los Arts. 60 y 61 Pr F. “Transcurrido el plazo sea que conteste o que y no el juez resolverá sobre la procedencia o no de la acumulación dentro de los tres días siguientes de efectuada la notificación” Art. 73 inc. 2º Pr F.

En este punto existe un error en cuanto al término que tiene el juez, pues de la simple lectura se entiende que éste deberá resolver después de notificada la parte contraria para que vierta su opinión, lo cual no es coherente ya que esos tres días, es el término para que vierta su opinión la parte contraria. No podría el juez en ese lapso estar resolviendo sino que tiene que ser después de transcurrido el plazo concedido para que la parte vierta su opinión, por tanto no se comprende si deberá entenderse, que los tres días que menciona la parte final del inciso segundo del Art. 73 Pr F. se refiere a los días que se le conceden a la parte para que conteste, o si vencidos los tres días para escuchar a la parte contraria, ya que si estos tres días es dentro del término señalado para oír a la parte contraria, se le coartaría el derecho a la parte para poder contestar.

#### **d) Regla general de la acumulación**

La ley expresa que el proceso más nuevo se acumula al más antiguo y para ello se expresa que la antigüedad se va a establecer por la fecha de la notificación de la resolución que admite la demanda o de la que ordena práctica de medidas cautelares. Art. 72 inc. 2º.

Una vez ordenada la acumulación el proceso más antiguo absorbe al más nuevo pero el más adelantado paraliza su trámite hasta que los demás lleguen al mismo estado y en adelante se tramitarán conjuntamente hasta llegar a ser decididos en la sentencia definitiva. Arts. 74 inc. 2º, 218 Pr F y 550 Pr C.

No obstante lo planteado por la ley en un juzgado el juez ordenó que se acumularan tres procesos, acumulándose los dos procesos más antiguos al más nuevo por manifestar que “el proceso más nuevo es un proceso principal y por consiguiente los demás son accesorios al mismo”. Sobre esto no existe un criterio legal ni doctrinario que exprese tal situación, sino que todos los autores y la ley señalan que deben acumularse los procesos más nuevos al más antiguo, por el principio de economía procesal; no obstante el fallo deberá haber un pronunciamiento lógico en cuanto a las pretensiones.

Quizás la confusión radica en entender que la expresión “acumularse al más antiguo”, debe estarse en cuanto al orden en que deberá fallar sobre las pretensiones; y no con relación a cual proceso deberá juntarse por razón de estar más adelantado. Visto de esta forma existe una dificultad si la ley considerará esto pues fallar sobre una pretensión que es accesoria de otra daría lugar a problemas, ya que si es aceptada la accesoria y rechazada la principal habría contradicción.

Pero la ley prescribe que debe haber una congruencia en cuanto al fallo del juez sobre las cosas litigadas, según lo dispuesto por el artículo 421 Pr C., que establece “que la sentencia definitiva recaerá sobre los puntos alegados y en la manera en que ha sido disputado con sus respectivas fundamentaciones. “Es decir que se debe dictar sentencia en un orden, tratando que no exista contradicción en lo decidido y por lo tanto no existe problema en que se acumule un proceso más nuevo a uno más antiguo, aunque el más nuevo sea una pretensión principal y la del otro proceso sea accesoria a esta, ya que el artículo citado se aplica supletoriamente con base al Art. 218 Pr F.

#### **e) Resolución**

La resolución que decide sobre la acumulación de procesos, es una sentencia interlocutoria que dicta el mismo juez de la causa. Si se declara procedente la acumulación el juez ordenará en la misma resolución que se requiera mediante oficio al juez que conoce del otro proceso, para que se lo remita dentro de los tres días siguientes. Art. 73 inc. 4° Pr F.



Puede ocurrir que el juez requerido se negare a la remisión del expediente lo cual lo manifestará dentro del mismo plazo, el juez requirente remitirá la solicitud de acumulación y los anexos a la Corte Suprema de Justicia, quien decidirá sin más trámite dentro de los tres días de recibidas las actuaciones.

Si el juez deniega la procedencia de la acumulación, el proceso continua su marcha; el mismo Art. 73 Pr F., señala que se deberá denegar cuando de la certificación y demás documentos presentados se comprueba su improcedencia.

#### **f) Recursos**

La sentencia que decide sobre la acumulación sólo admite el recurso de apelación. Arts. 58 y 153 lit. d) Pr. F.

#### **g) Efectos**

Si se declara improcedente la acumulación, los procesos continúan su marcha como si nada hubiese ocurrido y se condena en costas a la parte solicitante a petición de parte. Art. 74 Pr. F.

Decretada la acumulación, el proceso más adelantado en su trámite detendrá su curso hasta que todos lleguen al mismo estado y se decidirán en la misma sentencia. Art. 74 inc. 2° Pr. F.

#### **5.3.2.3 Acumulación de procesos de oficio**

Como se puede apreciar en el Art. 71 Pr F., habla de que la acumulación también puede proceder de oficio. Con respecto a ello se pueden dar dos supuestos: El primero, que los procesos acumulables pendan en el mismo juzgado. El segundo que se encuentre en juzgado diferente.

En el primer caso, éste está contemplado en el Art. 73 inc. 6° Pr F., “al referirse que cuando los procesos se tramiten en el mismo juzgado el secretario pasará lo expedientes al juez para que resuelva sobre la acumulación”, en cuanto a ello cabe señalar que la ley procesal de familia no hace ver, de que forma el secretario va a tener conocimiento de la existencia de procesos que puedan ser acumulados, situación que en la práctica no presenta mayor

dificultad debido a que en los juzgados, se llevan libros de control de los expedientes, que se les denomina libros de entrada de los expedientes, en éstos se escriben datos generales de las causas como son: El número de expedientes que le fue asignado al proceso, el nombre del actor y del demandado, la causa por la que se está demandando, la fecha en que fue iniciado y el número del resolutor encargado de diligenciar el proceso; por lo tanto resulta fácil que el secretario pueda identificar la existencia de procesos acumulables y por consiguiente tal inciso del artículo no tiene mayor dificultad.

En la práctica lo que se hace es que el secretario, remite un informe y pasa los expedientes al juez para que éste los revise y una vez hecho esto, dicta una resolución en la que ordena que se acumulen los procesos y se notifica tal resolución a las partes.

En el segundo supuesto la ley no habla como el juez va a tener conocimiento de la existencia de procesos acumulables que se tramitan en otros juzgados, circunstancia que da lugar a creer que es imposible que el juez tenga conocimiento de ello, ya que debido a la carga de trabajo que tienen los juzgados es difícil de que éstos puedan estar indagando en los otros juzgados si existen procesos acumulables y por tal razón da lugar a pensar de que no pueda ocurrir tal situación; pero en la práctica se puede constatar que tal situación es hasta cierto punto común que ocurra en razón de que la forma como el juez se da cuenta de la existencia de procesos que pueden ser acumulables es por medio de las partes materiales o a través del equipo multidisciplinario cuando el juez comisiona a la trabajadora social para que practique el análisis psicosocial del grupo familiar que se encuentra vinculado al litigio, ésta al hacer la entrevista, las personas le manifiestan sobre la existencia de juicios conexos. A partir de que el juez recibe este informe éste tiene conocimiento de procesos acumulables y como consecuencia de ello ordena librar oficio a otro juzgado para que este informe sobre la existencia de los procesos. El juez al recibir dicho oficio ordena librese dicho informe al juez que se lo ha solicitado; una vez que el informe llega al juzgado, el Juez hace el estudio para determinar si los procesos son o no acumulables y después valora si es competente en base a lo dispuesto por el Art. 72 inciso 1°. Si considera ser competente en la práctica lo que hace es dictar una resolución en la que ordena que se acumulen los procesos y a la vez ordena que se notifique dicha resolución a las partes.

En caso que el juez considere que no es competente para conocer de la acumulación, deberá remitir un oficio al otro juzgado, haciendo del conocimiento de éste, la existencia del proceso, del cual es competente para conocer en acumulación. Esto la ley no lo dice, pero la lógica indica que debe ser así.

#### **a) Consideraciones sobre el Trámite de la Acumulación de Oficio**

Como se ha venido observando en la práctica, una vez que el juez tiene conocimiento de un proceso acumulable, simplemente ordena su acumulación a través de una resolución y la notifica a las partes. Ejemplo de la resolución que dicta el juez es el siguiente: “Admítase el oficio en el que se rinde informe sobre la existencia del proceso. Vistas la conexidad de las pretensiones en los procesos y en razón de que el proceso iniciado en el juzgado “X” inició con un mes de anticipación que el Juzgado “Y”, y por ello se ordena la acumulación del proceso según el criterio del más antiguo, se acumula el expediente número tal. Por lo que se ordena requerir por medio de oficio al juzgado “Y” remitirlo dentro de los tres días siguientes a recibir el oficio como lo ordena la ley, conforme a los artículos 71, 73 inciso 3° Pr F”.

Esta forma de realizar la acumulación de oficio tiene su fundamento en el Art. 73 inc. 6° Pr.F.

Pero algo importante que hay que hacer notar es lo prescrito por el artículo 73 inciso 2°, el cual expresa que cuando se solicita la acumulación se deberá mandar a oír a la parte contraria para que dentro de los tres días siguientes se oponga, aunque más bien debería decir para que vierta su opinión porque no necesariamente se opondrá a la acumulación, lo importante de rescatar de lo citado es que las partes pueden tener un interés en que no se realice la acumulación, situación que como es realizada en la práctica no da lugar a que las partes puedan expresar su opinión acerca de si se acumulan o no los procesos.

Por lo que sería conveniente aplicar un trámite semejante al señalado a la acumulación cuando ésta procede a instancia de parte, con la diferencia que una vez que el juez tiene conocimiento de la existencia de procesos acumulables deberá mandar oír a las partes para

que viertan su opinión por escrito y una vez concedido el término señalado por el Art. 73 inc. 2º, emitir resolución.

Como se observa el Juez al hacerlo de esta forma está respetando el Derecho de Audiencia que tienen las partes.

Se ha venido hablando que la acumulación se puede dar en cualquier estado del proceso antes de estar el proceso en estado de fallo y durante la ejecución de la sentencia entre procesos de diferente materia. Un ejemplo que ilustran la acumulación de procesos cuando procede de oficio en la etapa de ejecución de la sentencia es el siguiente: “En un juicio por alimentos se condena a “X” a pagar una cantidad de dinero, y por la razón de no cumplir con la cuota asignada debido a ello se procedió a la ejecución de la sentencia por el monto de lo adeudado y por consiguiente se ordenó trabar embargo en un inmueble propiedad del demandado y se libró oficio al Jefe del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca a efecto de que trabara el embargo y rindiera informe para saber el estado del inmueble es decir si no existían otros acreedores u otros embargos, una vez trabado el embargo fue remitido el informe que ya había otro embargo trabado en un Juzgado de Paz, por un juicio ejecutivo que había iniciado un año antes contra el demandado. En virtud del informe rendido por el Jefe del Registro se dio trámite a la acumulación de oficio en base al Art. 71 inciso segundo”.<sup>104</sup>

### **5.3.3 INHIBITORIA DE JURISDICCIÓN**

La incompetencia de un juez da lugar a que se promueva el incidente de incompetencia el cual se puede hacer por dos vías: La primera por Declinatoria, la cual se estudió cuando se habló de la Excepción de Incompetencia de Jurisdicción; por lo que corresponde hablar de la otra vía, que es la Inhibitoria la cual se presenta “cuando un Juez se considera competente para conocer de un proceso del cual conoce otro Juez, el primero le solicita al segundo que se declare incompetente mediante resolución motivada”. Art. 65 Pr F.

Es importante hacer notar que la disposición antes citada parte del supuesto que el Juez que se considera competente tenga conocimiento de la existencia de dicho proceso; situación

---

<sup>104</sup> Expedientes de los juzgados.

que hace casi improbable que pueda acontecer, ya que debido a la carga de trabajo que poseen los tribunales, se hace imposible que éstos indaguen sobre la existencia de procesos de los cuales ellos sean competentes, circunstancia que hace difícil la aplicación de esta disposición.

Como se puede apreciar la dificultad que presenta el artículo es que se omitió señalar la forma en que el Juez deberá tener conocimiento de la existencia del proceso en el otro tribunal, por lo tanto se hace necesario reformar y válidamente puede aplicarse lo mencionado, por el jurista Víctor de Santos, el cual expresa que: “la forma en como el Juez tiene conocimiento de la existencia del proceso ante otro tribunal es mediante un escrito en el cual se efectúa un reseña de la demanda y de los antecedentes susceptibles de justificar la incompetencia del otro juez.”<sup>105</sup> Dicho escrito deberá ser presentado por el demandado dentro del término para alegar excepciones o contestar la demanda que en el caso del Derecho Procesal de Familia, sería dentro de los 15 días concedidos para contestar la demanda, es decir, una vez que se ha emplazado al demandado, éste, si tiene interés en pedir la incompetencia del juez mediante la inhibitoria, deberá acudir ante el juez que considere competente para conocer del proceso. Según De Santos: “El juez al recibir el escrito y en razón de lo planteado por el solicitante se declarará competente y librára oficio o exhorto acompañando testimonio del escrito en que se hubiese planteado la cuestión como la resolución recaída y demás recaudos que estime necesario para fundar su competencia. Solicitará así mismo la remisión del expediente o, en su defecto, su elevación al Tribunal Competente para dirimir la contienda. Una vez recibido el oficio el juez requerido se pronunciará aceptando o rechazando la inhibición”.<sup>106</sup>

De esto se puede considerar que aplicándose en una forma similar al proceso de familia lo antes planteado, el Juez ante quien se acudió a solicitar que diera el trámite de la Inhibitoria deberá recibir el escrito y valorar si es o no competente para conocer del proceso; si éste estima ser competente se declarará como tal, deberá solicitar al Juez que conoce de la causa que se declare incompetente mediante resolución motivada.

---

<sup>105</sup> De Santos Víctor. El proceso civil. Pág. 30.

<sup>106</sup> Ibidem. Pág. 361.

Una vez recibido el oficio deberá resolver si se inhibe o no de conocer de la causa. La forma anterior de tramitar éste incidente es de acuerdo a la doctrina expuesta.

Según la Ley procesal de familia la forma de tramitar es la siguiente:

### **5.3.3.1 Sustanciación de la Inhibitoria.**

#### **a) Iniciación y trámite.**

Cuando un juez se considera competente para conocer de un proceso que conoce otro juez, éste le solicita que se declare incompetente mediante resolución motivada. Si el juez requerido así lo hace, debe remitir el expediente dentro de los tres días siguientes, contados a partir de la fecha del recibo del requerimiento.

En caso contrario, es decir que reafirme su competencia, éste dentro del mismo plazo y mediante resolución motivada reafirma su competencia y solicita al requirente, la declaratoria de incompetencia y el envío del expediente para conocer del litigio o que lo remita dentro de los tres días siguientes al recibo del requerimiento ante la Corte Suprema de Justicia para que se dirima el conflicto.

#### **b) Resoluciones**

La primera resolución que se emite es la del juez que se considera competente declarándose como tal y solicitando la remisión del expediente.

La segunda es la del requerido en la que se declara competente o no para seguir conociendo, ordenando la remisión o requiriendo esta en su caso.

#### **c) Recurso**

De este incidente no hay recurso alguno porque de haber controversia sobre ello se abre el incidente del conflicto de incidencia.

#### **d) Efectos**

Si el requerido se declara incompetente remitirá el expediente ante el requirente y si por el contrario reafirma su competencia pedirá el expediente al requirente, si este persiste en conocer se origina el conflicto de competencia.

“Otro efecto que tiene el uso de cualquiera de las formas de requerir la incompetencia es que una vez haciendo uso de una de ellas no se pueda utilizar la otra, ya que se ha establecido la competencia del Juez.”<sup>107</sup>

#### **5.3.4 CONFLICTO DE COMPETENCIA**

Cuando se origina la Declaratoria de Incompetencia por cualquiera de las dos formas: sea por vía de la Declinatoria o por la Inhibitoria, en ocasiones suelen presentarse pugnas entre los jueces en cuanto a determinar quien es el juez competente para conocer del proceso. Esto es conocido comúnmente como conflicto de competencia.

El Código de Procedimientos Civiles al respecto del conflicto de competencia lo señala el artículo 1193 como competencia lo cual es erróneo, ya que confunde la competencia de jurisdicción con el conflicto, pero el concepto que da el artículo en mención si corresponde al conflicto de competencia y es el siguiente: “Es la contienda que se suscita entre dos jueces o tribunales sobre a quien corresponde el conocimiento de un asunto.

Este puede promoverse de oficio o a instancia de parte”. En cuanto a este concepto al referirse “que puede promoverse de oficio o a instancia de parte”, esto no es cierto, pues lo que puede hacerse de oficio o a instancia de parte es la Declaratoria de Incompetencia que puede hacerse por las vías antes señaladas y como producto de ello se origina el conflicto de competencia, el cual como se puede ver, a partir de que se ha presentado el conflicto de competencia, se suscita un incidente independiente a los antes mencionados y por consiguiente los que tienen que dirimir dicho conflicto son los mismos jueces que se encuentran en pugna por conocer del proceso por lo tanto el trámite de dicho incidente tiene un impulso oficioso y no a instancia de parte tal como lo establece el artículo antes mencionado. Este incidente puede originarse como Preprocesal y Procesal.

---

<sup>107</sup> Ibidem.

### **5.3.4.1 Clasificación Doctrinaria del Conflicto de Competencia**

Se puede clasificar el conflicto en:

1- Conflicto Negativo que tiene lugar cuando habiéndose declarado incompetente el juez para conocer, sea de oficio o por haber prosperado una excepción de incompetencia; y la misma declaración es emitida por el Juez ante quien se remite el expediente. Art. 64 Pr F.

2- Conflicto de Competencia Positivo, es el que resulta cuando un juez solicita a otro que se declare incompetente y remita el expediente a su tribunal, éste al recibir la solicitud mediante resolución motivada, reafirma su competencia y solicita al juez requirente, la declaratoria de incompetencia y el envío del expediente para conocer del litigio. Art. 65 Pr F.

### **5.3.4.2 Remisión del Expediente ante quien dirime el conflicto**

Una vez declarado incompetente el Juez ante quien se remite el expediente en el caso de la Declinatoria o persistiendo en querer conocer cuando el requerido reafirma su competencia en el caso de la inhibitoria deberán remitir los expedientes dentro de los tres días siguientes a haber surgido el conflicto, a la Corte Suprema de Justicia, quien es la que debe de dirimir los conflictos que se susciten entre los tribunales de cualquier fuero y naturaleza. Arts. 182 numeral 2º Cn., 63 inc. 1º y 65 inc. 1º Pr F.

En el caso del inciso segundo, del artículo 65 señala que cuando ambos jueces hubiesen formado procesos deberán remitirlo en el plazo indicado al tribunal. En esa parte de este artículo aparece la situación de que ambos tribunales hubiesen iniciado procesos y que ambos deben remitirlo ante la Corte Suprema de Justicia, el término aludido es perentorio según el Art. 25 inc. 1º Pr F. Cabe hacerse la pregunta ¿qué acontecería si uno de los jueces no remite el expediente? Al respecto de esto, la ley Procesal de Familia no dice nada ni tampoco el Código Procesal Civil expresan que debe hacerse en ese caso; pero debido a la naturaleza del incidente suscitado, debe entenderse que lo que debe hacer la Corte Suprema de Justicia es, solicitar al Juez que no ha remitido el expediente, que lo haga, ya que es necesario establecer quien es el juez que debe conocer del mismo, porque de no hacerse de esa forma se incurriría en Nulidad Absoluta. Art. 1130 Pr C. Además al Juez que no remita



el expediente se le impondrá una multa por los daños y perjuicios que por la suspensión del proceso ocasionare a las partes la cual será impuesta por la misma Corte. Arts. 1198 y 1203 Pr C relacionado con el 218 Pr F.

Por otra parte, puede ser el caso, que el motivo por el cual el Juez no remite el expediente es por el hecho de que continúa conociendo del mismo y en este caso el Juez estaría cometiendo atentado e incurriría en una pena de multa. Según el Art. 1202 Pr C.

### **5.3.4.3 Sustanciación del Conflicto**

#### **a) Trámite y Resolución**

Una vez recibido el expediente por parte de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los ocho días siguientes al recibo de dicho expediente emitirá sentencia con la cual se dirime el conflicto y en la misma resolución la Corte Suprema de Justicia determinará el juez que deba tramitar el proceso. Art. 63 Pr F.

#### **b) Recursos**

Según lo dispuesto por el art. 58 inc. 2º, la resolución emitida en torno al conflicto de competencia no admite recurso alguno.

#### **c) Efectos**

1- El juez designado para que conozca del proceso no puede declararse incompetente para conocer del mismo. Art. 63 inc. 2º Pr F.

No obstante la resolución que establece que el Juez que conoció de la causa es incompetente no invalida los actos cumplidos en el proceso.

### **5.3.4.4 Ejemplo de Conflicto de Competencia**

Un ejemplo de la institución en el que puede identificarse con mayor claridad el trámite en mención es el siguiente: El proceso inició en el Juzgado “X” de Familia donde el Juez se declaró incompetente porque la demandada tuvo su último domicilio en San Luis de la Reina, esto en la fecha de 8 de agosto de 2000.

El 21 de agosto llegó al Juzgado “Y” de Familia. El 5 de septiembre el juez después de analizar el expediente consideró que el último domicilio conocido de una persona no es criterio para que determine la competencia de un tribunal. Así mismo manifestó que la revista judicial de 1995 tomo 96 parte final, página 360 a la 362 dice: “No es el domicilio el que determina la competencia, ya que el Código de Familia establece las reglas a seguir en caso de que se desconozca el domicilio del demandado”. Y en vista que se expresaba en la demanda que la señora es de domicilio o paradero ignorado, el juez resolvió: Declararse incompetente y en consecuencia remitió el expediente a la Corte Suprema de Justicia.

El 7 de septiembre fue remitido el expediente a la Corte.

El 14 de noviembre de 2000 la Corte procedió a resolver el conflicto entre los Juzgados “X” y “Y”, previamente hizo las valoraciones siguientes:

Que tal como lo argumentó el Juez “Y” de familia no es válido lo expuesto por el Juez “X” de Familia, en lo relativo a que el último domicilio del demandado determina la competencia pues la ley Procesal de Familia en el artículo 34 inciso 4º disposición que dice que “cuando se ignore el paradero del demandado se le emplazará por edicto”. El hecho de conocerse el último domicilio de la demandada y que éste no sea de la comprensión territorial del Juez “X” de Familia no significa que sea una razón para declararse incompetente porque las causas que determinan la misma ya están previamente reguladas en la ley.

Sin embargo, se advirtió en la demanda que el demandante es del domicilio del Cantón San Antonio, jurisdicción de San Luis de la Reina, departamento de San Miguel, y siendo que la demandada es de paradero ignorado, el Juez que debía conocer era el de la jurisdicción de la parte actora y en el caso el Juez “X” no tiene jurisdicción en San Luis de la Reina, sino el Juzgado “Y” como lo establece el Decreto Legislativo No. 262. Consecuentemente el tribunal resolvió que el Juez competente para conocer en el proceso era el “Y” de Familia de San Miguel y así procedió declararlo.

El 18 de diciembre de 2000, se remitió el expediente al Juzgado competente adjuntando la resolución emitida.”<sup>108</sup>

Como se puede apreciar el conflicto de competencia es uno de los incidentes que más problemática tienen, en razón de que no obstante de tener un plazo reducido de tiempo para que pueda resolverse, dicho plazo es incumplido por la Corte Suprema de Justicia, llegando a tardar meses en resolver como es el caso en mención el cual tardaron 3 meses y 7 días para resolver y todavía tardaron 1 mes y 4 días para remitir el expediente al juzgado competente.

### **5.3.5 RECUSACIÓN**

“La persona que obra en nombre del Estado como Juez para efecto de conocer de los procesos es necesario que sea competente objetivamente en el proceso, y debe además encontrarse en determinadas condiciones subjetivas, de tal forma que su actitud personal no se encuentre comprometida; porque de estarlo sería parcial. Tales condiciones se resumen en que es un requisito que el Juez sea imparcial para decidir en los procesos, a fin de mantener el prestigio de la administración de justicia y de ofrecer garantías a las partes.”<sup>109</sup>

Este mecanismo de protección de imparcialidad se ejerce por dos modalidades: Impedimento y Recusación.

#### **5.3.5.1 Definición de Recusación**

“Consiste en la facultad que tiene una de las partes para solicitar al Juez, Magistrado, Secretario o miembros del Equipo Multidisciplinario para que se inhiban o aparten del conocimiento de un proceso por considerar que tienen ellos interés en el mismo o que han prejuzgado, es decir que será parcial”.<sup>110</sup>

#### **5.3.5.2 Objeto**

“Tiene por objeto evitar que intervenga en el litigio personas de quienes se tema que puedan actuar desfavorablemente hacia alguna de las partes. Ella procede no sólo contra los

---

<sup>108</sup> Expedientes de los Juzgados.

<sup>109</sup> Cabrera Acosta, Benigno Humberto. Teoría general del proceso. Pág. 330.

<sup>110</sup> Osorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 649.

jueces, sino que también contra todos los que de cualquier manera pudieran influir en su decisión, de allí que se autorice la recusación de secretario”<sup>111</sup> y miembros del equipo multidisciplinario.

### **5.3.5.3 Causas de Recusación**

Con respecto a esto, la Ley Procesal de Familia, no expresa causales o motivos por las cuales un Juez deba ser recusado sino que simplemente se limita a decir: “El Juez o Magistrado podrá ser recusado en cualquier estado del proceso, cuando exista un motivo serio y razonable que no garantice su imparcialidad.” Art. 66 Pr F.

En la práctica en virtud de que no se expresen causales, lo que se hace es remitirse a las causales enumeradas por el Art. 1157 Pr C, por aplicación del Art. 218 Pr F.

Las causales de recusación, según Azula Camacho, pueden reunirse dentro de cuatro causales:

- 1) “Interés: Que puede ser directo o indirecto. Acontece lo primero cuando el Juez es quien tiene la calidad de sujeto de la causal. Es indirecto cuando la persona colocada en esa circunstancia es uno de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo por afinidad. Como ejemplo de esta causal puede citarse: los ordinales 1º, 2º, 3º, 5º, 11º, 12º, 13º, 14º, 17º del Art. 1157 Pr C.
- 2) Parentesco: Ocurre únicamente en el caso en que el juez que debe conocer de la causa y una de las partes demandantes, demandado o tercero sea cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Ejemplo: ordinal 1º parte primera del Art. 1157 Pr C.
- 3) Enemistad: Puede ocurrir en el caso de enemistad grave entre el juez, su cónyuge o pariente con alguna de las partes; es decir que existen de por medio amenazas, injurias, etc., que los hace irreconciliables en el aspecto afectivo. Esta puede originarse ajena al proceso o dentro del proceso.

---

<sup>111</sup> Alsina, Hugo. Tratado teórico de derecho procesal civil y comercial. Tomo II. Pág. 283.

El Proceso Civil en cuanto a la enemistad es bastante restringido con relación al concepto anterior, tal como puede apreciarse en los ordinales 4° y 10° del Art. 1157 Pr C.

- 4) Amistad: Esta al igual que la enemistad es un aspecto que atañe al campo efectivo. Implica la calidad de íntima es decir que sea estrecha y que además se manifieste por hechos inequívocos.”<sup>112</sup> Esta se ilustra en los ordinales 7°, 8°, 9° y 18° del mismo artículo citado.

Los motivos o causales del Art. 1157 Pr C., citado anteriormente son taxativas según el Art. 1191 Pr C., debe entenderse por taxatividad “la expresión o escrito legal rigurosamente estricta, sin admitir ampliaciones.”<sup>113</sup>

Con respecto a esto el Art. 66 Pr F, no señala motivos y sólo se limita a decir que basta un motivo serio y razonable, y en virtud de no existir mención de causales en la práctica se aplican supletoriamente las causales del Art. 1157 Pr C. Éstas causales, según la investigación realizada son aplicadas taxativamente.

Esto debe valorarse pues la finalidad de la recusación e impedimento es evitar la imparcialidad de los jueces ya que pueden presentarse casos que se encuentren fuera de las causales enumeradas por el Código de Procedimientos Civiles, en los que aún teniendo la certeza que el juez va actuar en forma parcial; si se hace una aplicación taxativa no habría lugar a admitir una causal diferente. Con relación a lo anterior, haciendo un análisis del Art. 66 Pr.F, el cual solamente dice con motivo serio y razonable se da a entender que siempre que se tenga la convicción que el juez se inclinará hacia una de las partes a favor o en contra, debe admitirse la recusación no obstante no se encuentre comprendida en el Código Procesal Civil; es decir que la Ley Procesal de Familia va mas allá para admitir la recusación toda vez que el motivo sea sólido y bien fundamentado, por el que se cree que el juez actuará en forma parcial. En este punto tampoco se puede dejar la puerta totalmente

---

<sup>112</sup> Azula Camacho, Jaime. Manual de derecho procesal civil. Págs. 274-278.

<sup>113</sup> Osorio Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 736.

abierta, a que por cualquier motivo sin fundamento se de lugar a recusar o declararse impedido el juez.

Sobre la taxatividad o no de las causales de recusación, la solución sería que la Ley Procesal de Familia, fuera más clara al respecto y de ser posible señalara sus propias causales de recusación, es decir que otros motivos son aceptados aparte de los ya señalados por el Código de Procedimientos Civiles.

En la actualidad la Cámara tiene el criterio de aplicar taxativamente las causales del Art. 1157 Pr C., como una forma de suplir la falta de expresión de causales de la Ley Procesal de Familia, lo anterior visto desde otro ángulo sugiere que la taxatividad ata al juez o magistrado a causales preestablecidas impidiendo aplicar otras diferentes a las ya señaladas, no obstante haber motivo fundamentado para creer que el juez actuará en forma parcial. Pues como dice Alsina “es necesario garantizar que la parte pueda tener seguridad en cuanto a proteger sus derechos” es decir que no se debe cerrar la puerta a proposiciones de recusación que las partes propongan aunque estas no estén comprendidas en la ley.”<sup>114</sup>

La importancia de la no taxatividad puede reflejarse mediante el siguiente análisis:

Tomando en consideración lo dispuesto en la causal quinta del Art. 1157 Pr C, cuando el Juez o la parte tiene calidad de amo o patrón. En este caso se limita la relación de trabajo a ser amo o patrón, lo que se refiere a la subordinación que es el vínculo de dependencia que tiene una persona con otra.

Esta misma situación es reflejada en otras legislaciones en donde se incluye aún en forma más amplia y comprende las relaciones de dependencia o subordinación parecida o similar a la relación obrero-patronal. El jurista Azula Camacho, al referirse a una causal que aparece en su legislación y que se asemeja a la causal 5° del Art. 1157 Pr C., que dice lo siguiente: “c) ser alguna de las partes, su representante o su apoderado, dependiente o mandatario del funcionario jurisdiccional o administrador de su negocio. Esta causal

---

<sup>114</sup> Alsina,, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo II. Págs. 284 y 295-296.

presupone que una de las partes (demandante, demandado, tercero interviniente en cualquiera de sus modalidades) o su representante (el padre o guardador del incapaz) o apoderado, sea dependiente del juez o administrador de sus negocios”.<sup>115</sup> Como se ve la causal que explica Azula es más amplia que la 5° del 1157 PrC., abarcando cualquier relación en la cual, el juez y las partes se encuentren vinculados en una relación de dependencia. Aquí “la dependencia se refiere a la subordinación aunque no medie retribución o remuneración sufragada por el funcionario, como es el caso del juez con uno de los empleados de su juzgado.”<sup>116</sup>

Esta situación se puede presentar en la práctica aunque no este comprendido en las causales del Código de Procedimientos Civiles, y de hecho existe un caso concreto que lo ilustra, el cual se dio de la siguiente manera “En un juzgado, “A” demandó a “B” en juicio de familia. En ese mismo juzgado el actor trabaja como notificador, por lo cual el juez del juzgado se declaró impedido para conocer y remitió el expediente a la Cámara, la cual declaró no ha lugar al impedimento”.<sup>117</sup> Si bien es cierto se alegó como impedimento válidamente pudo haberse alegado como recusación.

En este caso se observa que el notificador demanda en el juzgado competente el cual es el mismo donde trabaja, existiendo una relación de trabajo con el juez; pero no puede invocarse la causal 5° del Art. 1157 Pr C, para impedirse o excusarse, o ser recusado el juez porque esta es taxativa y el juez no tiene calidad de amo o patrón.

Además en este caso no solo la relación de trabajo es lo principal sino que también el hecho de que “A” por el cargo que desempeña pueda manipular el proceso ya que éste es el encargado de comunicar los actos procesales y con facilidad puede tener acceso a las resoluciones que deban notificarse e incluso al expediente.

Por lo tanto, después de comentado este caso, se observa con mas claridad la conveniencia de la aplicación de no taxatividad de las causales del Código de Procedimientos Civiles. En

---

<sup>115</sup> Azula Camacho, Jaime. Manual de derecho procesal civil. Tomo II. Pág. 274.

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup> Expedientes de los Juzgados.

el proceso de Familia, ya que este caso en comento, no esta contemplado en las causales taxativas.

#### **5.3.5.4 Sustanciación de Recusación**

##### **a) Interposición**

La forma de interposición del incidente de recusación es por escrito ante el juez que conoce del proceso según el Art. 67 inc. 1° Pr F.

##### **b) Momento Procesal**

En cuanto a este, la Ley Procesal de Familia señala que puede ser recusado el juez en cualquier estado del proceso. Art. 66 Pr F.

Si bien es cierto el procesal civil no es aplicable en cuanto al momento de la interposición por tratarse la Ley Procesal de Familia una ley especial, deben los litigantes tener en cuenta lo que expresa el derecho Común, ya que manifiesta “si las causas fueren anteriores a cada instancia de la que tuvieren, estos no podrán proponerla sino con la demanda o con la expresión de agravios de segunda instancia”. Art. 1170 Pr. C.

En cambio, si las causales de recusación fueren sobrevinientes después del ingreso de la instancia, o si durante el curso de estas llegaren a oídos de los litigantes las que existan anteriormente, podrán ellos deducirlas en cualquier estado del proceso antes de la sentencia; pero deberán hacerlo con juramento de uno y de lo otro. Art. 1171 Pr C.

Lo expresado por el proceso común respecto al momento de interposición es en razón de la naturaleza del incidente, para efecto de evitar invalidar actos procesales por actuaciones parciales. De lo antes planteado puede apreciarse que este incidente se origina como preprocesal y procesal.

##### **c) Trámite**

Una vez interpuesto el escrito en el cual, deban expresarse los hechos en que se fundamenta la recusación y ofrecerse las pruebas, el funcionario remitirá el escrito al Tribunal superior a más tardar en la siguiente audiencia, citando al recusante para que dentro de tercero día acuda al tribunal superior para usar de su derecho”. Art. 67 inc. 1° Pr F.



Analizando este artículo cuando dice: “el recusante dentro de tercero día ocurra al tribunal a usar de su derecho”. Cabe hacerse la pregunta a qué derecho se refiere pues no se aclara nada al respecto y no se le encuentra sentido. Para aclarar esto se hace la siguiente consideración: En el código Procesal Civil al hablar del Recurso de Apelación, en el Art. 995 Pr C, se expresa que el auto de admisión tiene la calidad de emplazamiento a las partes para que concurran a la Cámara a hacer uso de su derecho. El Art. 1003 aclara que significa “hacer uso de los derechos” y consiste en que se muestre parte y solicite la entrega del expediente para poder expresar agravios. Para el caso es de tomar en cuenta que en Derecho Procesal Civil se tiene la recusación como un recurso extraordinario y visto de esta forma tiene sentido que el recusante se presente a mostrarse parte, pues se entiende que es un trámite procesal independiente del proceso y por consiguiente tiene lógica que el Art. 1163 exprese que se cite a la parte recusante para que dentro del término de tres días ocurra a la Cámara a usar de su derecho (a mostrarse parte). Sin embargo, en materia de familia la recusación se tiene como un incidente y por consiguiente si se es parte de lo principal, se es también de lo accesorio. Por lo tanto, se puede encontrar sentido a esta parte de la disposición, considerando que los tres días en mención están dados para que el solicitante concurra a la Cámara a ratificar lo pedido y de ser posible fundamentar en mejor forma el escrito en que se pide la recusación, así como también presentar la prueba documental para que sea recibida en la audiencia que para ese efecto se señale.

Siguiendo con el trámite el Art. 67 inciso 2º expresa que: “Dentro de los tres días siguiente al recibo del expediente por el tribunal superior, éste ordenará las pruebas, fijará lugar, fecha y hora para celebrar audiencia dentro de ocho días siguientes contados a partir de la fecha de notificación del señalamiento de audiencia”.

#### **d) Resolución**

En la audiencia se recibirá la prueba y se decidirá sobre la procedencia del incidente a través de una sentencia interlocutoria. Art. 67 Inc.3º Pr.F.

#### **e) Recursos**

La resolución que decida sobre el incidente de recusación, no admite recurso alguno por disposición expresa de la ley. Art. 58 inc. 2° Pr F.

#### **f) Efectos**

Si se declara que hay lugar a la recusación, se ordena separar al recusado del conocimiento del proceso y se designará al juez que debe sustituirlo en el cargo. Si por el contrario se declara improcedente la recusación se condena al recusante en costas sin perjuicio, de cualquier otra sanción a que hubiere lugar. Art. 67 inc. 4° Pr F.

Si la causal por la que es recusado el juez es en base a la causal número 17 del Art. 1157 Pr C., además de recusarse al juez, se deberá pasar certificación de la prueba a las autoridades competentes, para que sea juzgado penalmente quedando la prueba original en el expediente de recusación. Art. 1178 Pr C., relacionado con el 218 Pr F.

#### **g) Validez de lo actuado antes de la recusación**

Es importante señalar que en materia de familia, los actos realizados por el juez con anterioridad a la fecha de presentación del escrito de recusación, salvo los que causen grave daño o de difícil reparación a la parte antes de la sentencia, son válidos. Art. 68 Pr F.

### **5.3.5.5 Recusación de Secretario y Especialistas**

Esto no es novedoso ya que el procedimiento civil ya habla de la recusación de secretario o funcionario que no ejerce jurisdicción. La diferencia con el proceso de familia, es que para Procesal Civil, la recusación de secretario sólo se hace sin expresión de causa y se tenía por removido del cargo a partir de la interposición del escrito, sin más trámite que la simple solicitud según el Art. 1155 Pr C. En materia procesal de familia, la recusación se requiere expresión de motivos igual o semejante al que inhabilita al juez. Art. 69 inc. 1° Pr F.

#### **a) Trámite, Resolución y Efecto**

Se interpone ante el juez de la causa, quien es el encargado de conocer y resolver de la misma dentro de los tres días siguientes de presentado el escrito, sin suspender el curso del proceso.

Si el Juez declara procedente la recusación nombrará secretario interino o designará otros especialistas, según el caso, si la declara improcedente, condenará en costas al recusante, sin perjuicio de cualquier otra sanción a que hubiere lugar. Art. 69 inc. 3º Pr F.

### **5.3.6 IMPEDIMENTO Y EXCUSA**

La Ley Procesal de Familia únicamente habla de impedimento, obviando la excusa, la cual se menciona en el Código de Procedimientos Civiles, en los Arts. 1182-1192 Pr C. La doctrina jurídica si hace distinción entre impedimento y excusa. Definiendo el Impedimento: “como un motivo grave de inhibición, circunstancia que obsta en modo absoluto al conocimiento de un asunto determinado de parte del juez, ni aún mediando acuerdo de parte es posible que tienda el asunto un juez impedido. Su deber de alejamiento es inmediato, no necesita esperar que las partes se manifiesten al respecto”.<sup>118</sup>

La Excusa: “no es inmediata, configura una causa leve de inhibición, no se trata de incapacidad absoluta ya que si la parte que podría resultar perjudicada acepta la intervención de Juez o Magistrado. El alejamiento del Juez o Magistrado no es inmediato pues su deber es dar cuenta a las partes y esperar que éstas se manifiesten, la conformidad expresa o tácita purifica la sospecha y dota al Juez de actitud plena para intervenir en el asunto; prestada esa conformidad en forma expresa o tácita existe preclusión del procedimiento dirigido a alejar al Magistrado y éste debe seguir conociendo en el asunto”.<sup>119</sup>

Con lo anterior, se nota que existe diferencia entre estas dos figuras que tienen por finalidad separar al Juez del conocimiento de un proceso, sea porque él no quiere conocer de un negocio o porque tiene algún motivo que lo separa del conocimiento del mismo. La ley procesal de familia regula únicamente el impedimento en el Art. 70 Pr F, y expresa: “Que cuando un juez considere que concurra motivo serio y razonable que pueda afectar su imparcialidad”.

---

<sup>118</sup> Couture, Eduardo. Estudio de derecho procesal civil. El juez, las partes y el proceso. Tomo III. Pág. 133.

<sup>119</sup> Ibidem.

En cuanto a las causales de impedimento la Ley Procesal de Familia no señala ninguna pero pueden tomarse como ejemplo las del Código Procesal Civil, comprendida de los ordinales 13 a la 18 del 1157 Pr C.

Con respecto a las excusas, si bien es cierto, la Ley Procesal de Familia no las reguló pero por aplicación del Art. 218 Pr F., relacionado con el Art. 1182 Pr C., se entiende que están comprendidas también.

El artículo 1182 Pr C., citado, expresa que son causales de excusa las primeras 12 del Art. 1157 Pr C.

#### **5.3.6.1 Interposición, Trámite y Resolución del Impedimento**

Una vez concurrido un motivo serio y razonable que afecte la imparcialidad, el juez emitirá una resolución motivada de oficio, se inhibirá de conocer, y remitirá el expediente dentro de los tres días siguientes al tribunal superior para que éste declare si es legal o no el impedimento y proceda conforme al trámite de la recusación. En los tres días señalados por el Art. 67 inc. 1º, la parte que podría resultar afectada, deberá expresar su opinión en relación al impedimento, ofreciendo la prueba para establecer que efectivamente existe o no el impedimento. Art. 70 inc. 1º. Pr F.

##### **a) Efecto**

Si se declara procedente se designa al Juez que va a conocer y se remite a éste según los, Arts. 70 inc. 2º y 67 inc. 4º Pr F. Con respecto a esto el Art. 70 inc. 2º Pr F, habla que si el Juez que recibe el expediente, considera que no procede el impedimento fundamentará su resolución y la remitirá al tribunal superior para que dirima el incidente de conformidad al trámite de la recusación.

En este inciso segundo existe un error ya que da a entender que una vez que el tribunal superior decidió y lo declaró competente para conocer del proceso, éste al recibir el expediente entrará a conocer del incidente planteado y resolverá sobre él, facultad que única y exclusivamente le corresponde al tribunal superior y por consiguiente no podría éste entrar a conocer sobre el impedimento anterior.

Lo que tal vez se pretendió dar a entender en dicho inciso es que si el Juez que entró a sustituir al impedido o excusado, tiene también él causales de impedimentos o excusas para conocer del proceso que le fue remitido, dará inicio a un incidente independiente al anterior para efecto de que sea declarado impedido para conocer, pues como expresa Couture: “Que el Magistrado que reemplaza se encuentra en iguales condiciones que el antecesor y por lo tanto la inhibición es de orden individual y no militarán frente a nuevo magistrado llamado a sustituirlo”.<sup>120</sup>

Existen diferentes opiniones al respecto de la interpretación del inciso 2º del Art. 70 Pr F., la primera se refiere a que existe un error en la redacción del artículo, el cual probablemente se debe a que se venía manejando todavía el criterio de la Declaratoria de Incompetencia cuando se hace de oficio, en este caso según el Art. 64 Pr. F., se remite el expediente ante el Juez que considere competente. El error se encuentra en que se ha querido contemplar en el caso de impedimento, que se remita ante el Juez competente y éste al recibir el expediente entra a valorar si existe el impedimento, y si considera que no existe lo remite al superior para que dirima el incidente planteado.

Esta opinión antes citada puede decirse que es adoptada por otras legislaciones, entre ellas la colombiana y esto puede sustentarse a raíz de lo manifestado por Benigno Humberto Cabrera, quien expresa: “Los Magistrados, Jueces y con jueces en quienes concurran alguna causal de recusación, deberá declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta y ordenando pasar el expediente al que deba reemplazarlo, quien si encuentra fundado el impedimento, asumirá el conocimiento del proceso; en caso contrario, lo remitirá al superior para que resuelva sobre la legitimidad del impedimento”.<sup>121</sup>

La segunda opinión sobre el inciso 2º del Art. 70 Pr F, expresa: Que el inciso en referencia es ambiguo porque no se sabe a que quiso referirse con el tribunal superior porque si fuera un Juez de Primera Instancia lo envía a la Cámara y la Cámara según este inciso lo tiene

---

<sup>120</sup> Ibidem. Págs. 31 y 33.

<sup>121</sup> Cabrera Acosta, Benigno Humberto. Teoría general del proceso y de la prueba. Pág. 333.

que enviar al tribunal superior que sería la Sala de lo Civil. Pero el trámite del impedimento y la recusación finaliza en la Cámara a no ser que sea de los Magistrados de la Cámara la recusación e impedimento de la cual conocería la Sala.

En cuanto a las opiniones que interpretan este inciso 2º del Art. 70 Pr F., la que corresponde al grupo de tesis y que se encuentra al inicio del análisis de este artículo es un poco más probable; al respecto de la primera opinión que trata de interpretar este inciso ésta se encuentra en pugna con el inciso 1º del Art. 70 Pr F., y la segunda no tiene un sentido lógico en cuanto a la interpretación del artículo.

Si se declara que no ha lugar al impedimento, se remite el expediente al Juez que está conociendo del proceso. Art. 67 inciso 4º Pr F.

#### **5.3.6.2 Excusa: Interposición, Trámite y Resolución**

Con respecto a la excusa como no existe una regulación en la Ley Procesal de Familia, por aplicación del Art. 218 Pr F., se deberá aplicar lo señalado por el Código Procesal Civil. El Art. 1183 Pr C., expresa, que el Juez que tenga alguna causal de excusa o impedimento está obligado a manifestarla a la parte que tenga el Derecho a recusar, expresará en el acto de la notificación o por separado dentro de tercero día, si se conforma o no que siga conociendo el juez o Magistrado excusado. Esto tiene sentido en razón de que, se trata más que todo de cuestiones de carácter de conciencia del Juez y por ello es mejor que lo pongan en conocimiento de la parte que puede ser afectada para que ésta tome en consideración si hace uso del medio correspondiente ya que no tiene sentido tramitar un incidente por algo innecesario. Si se conforma continuará en el conocimiento, y si no, dará cuenta al Tribunal Superior que debiera conocer en la recusación para que se declare si existe o no excusa legal.

Con respecto al trámite para la excusa en el Código de Procedimientos Civiles es señalado por el Art. 1190 Pr C, que expresa que “el término para probar que no existe impedimento o excusa o que se ha contraído maliciosamente y la especie de prueba que puede producirse por las partes y por el excusado, son los permitidos en los Arts. 1162, 1174 y 1175”, los artículos a que se refiere el primero en mención son los relacionados con el trámite de la

recusación, es decir para tramitar el impedimento y excusa se sigue el mismo trámite de la recusación.

La excusa en el proceso de familia no fue regulada y por eso se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil en lo que fuere compatible según el Art. 218 Pr F, pero en cuanto al trámite no podría aplicarse la sustanciación señalada para la recusación en el proceso civil por no ser compatible con el proceso de familia, y tomando en consideración que la Ley Procesal de Familia señala trámite especial para la recusación es más conveniente la aplicación de éste para dar trámite a la excusa.

El incidente de excusa puede darse en la práctica, a continuación se presenta como ejemplo el caso siguiente: “En un Juzgado se presentó “A” a demandar a “B” en juicio de familia. Pero el Juez resultó ser tío de la parte actora teniendo tercer grado de parentesco por consanguinidad en línea colateral con el Juez. Para comprobar esto el juez agregó al expediente las certificaciones de partida de nacimiento suya, del actor y del padre de éste, anexando estos documentos a la resolución en la que fundamentaba que concurría un motivo serio y razonable que podía afectar su imparcialidad, por lo tanto de oficio se inhibió de conocer en base al Art. 70 Pr F, y por ello ordenó remitir el expediente a la cámara notificándole al abogado de “A” de la remisión al Tribunal Superior. La Cámara resolvió: “Que en vista que mediante resolución el Juez “A quo” se inhibió de conocer, considerando que tratándose de una excusa el motivo que se alegaba se omitió el trámite regulado en el Art. 1183 Pr C, y para tal efecto regresó el expediente”.<sup>122</sup>

### **5.3.7 MEDIDAS CAUTELARES**

Existen opiniones encontradas en cuanto a considerar como incidentes a las medidas cautelares. Con respecto a ello se puede decir: Que las medidas cautelares por la forma cómo las reguló la Ley Procesal de Familia en un título aparte, parece ser que no son incidentes, sin embargo, como se analizará a continuación las medidas cautelares constituyen un incidente especial en cuanto a su trámite y su regulación. Para sustentar esto es necesario tomar en cuenta que los incidentes son cuestiones accesorias que se presentan en el curso del proceso con relación directa o indirecta con lo principal y que necesitan una

solución previa. Esto puede apreciarse dentro de las medidas cautelares las cuales tienen una vinculación accesoria al proceso y con la cuestión principal, revistiendo la característica de un incidente, no obstante algunos sostienen que no se trata de un incidente debido a la naturaleza del trámite en el cual no se le manda oír a la parte contraria. Respecto a esto el Dr. Arcadio Valencia, Magistrado Presidente de la Cámara de Familia de San Salvador expresa que: “Por la naturaleza de las medidas cautelares no se manda oír a la parte contraria y que el derecho de defensa no es vulnerado ya que a partir de la notificación éste queda facultado para que pueda oponerse a la medida impuesta, razón por lo cual no se ha vulnerado ningún principio constitucional”. (Ver anexo 5).

El tipo de incidente a que da lugar la medida cautelar es denominado Incidencia, ya que el trámite es más corto o simple, que el de un incidente común, pues sólo se necesita que se proponga, admita y se resuelva, pero esto no le quita su importancia dentro del proceso.

Cabe señalar, que las medidas cautelares pueden dictarse como acto previo, según el Art. 75 inciso 2º, pero no se consideran como Incidentes porque únicamente puede considerarse como tales a las cuestiones accesorias surgidas en el curso del proceso, por consiguiente cuando las medidas cautelares son decretadas fuera del proceso, no revisten el carácter de incidente.

### **5.3.7.1 Concepto Tradicional**

Tradicionalmente en el Derecho Procesal Civil se ha definido como cautelar al proceso que sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen resultado de otro proceso. Este juicio se encuentra dentro de una categoría más amplia de “Procesos Urgentes” ya que “todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar”.<sup>123</sup>

### **5.3.7.2 Definición Legal**

Medidas cautelares son “aquellas medidas de carácter jurisdiccional provisorias, dirigidas a proteger a los miembros de la familia, cuyo objetivo principal es garantizar los resultados del proceso, para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes

---

<sup>122</sup> Expedientes de los Juzgados.

<sup>123</sup> Arazi, Ronald. Las medidas cautelares. Pág. 1.



involucradas en los conflictos de familia, antes de pronunciarse la sentencia definitiva y para asegurar provisionalmente sus efectos”.<sup>124</sup> Art. 76 Pr F.

Del concepto tradicional y de la definición de la Ley Procesal de Familia se puede observar que el alcance de las medidas cautelares en familia va más allá que en civil. Por lo que puede elaborarse una definición que incluya las anteriores, de la siguiente manera: “Las medidas cautelares son los instrumentos que otorga la ley, para asegurar anticipadamente; los efectos del proceso, recayendo dicho aseguramiento en bienes y manteniendo situaciones de hecho para proteger los intereses de la familia ante el peligro en la demora del trámite procedimental, o para evitar daños personales.”<sup>125</sup>

Para ejemplificar el alcance superior que en materia de familia tienen las medidas cautelares en relación al civil puede citarse el siguiente caso:

“En un juicio de Familia por cuota alimenticia el demandado se presentó al juzgado argumentando que su hija (demandante), se encontraba ingresada en el hospital en estado grave de salud, y que la madre de la demandante no se había presentado a visitarla en los ocho días que llevaba ingresada. Razón por la cual se decretó como medida cautelar que la madre de ésta se presentara al hospital para prestarle el cuidado que la menor necesitare”.<sup>126</sup>

### **5.3.7.3 Finalidad**

“En materia civil, la finalidad de las medidas cautelares, está orientada a evitar que se frustré el derecho de quien la pide, asegurando el eventual cumplimiento de la ejecución de la sentencia; disipando los temores de quien la pide.”<sup>127</sup>

En materia de familia la finalidad es social y por tanto la finalidad de la medida cautelar consiste en asegurar anticipadamente los efectos y las resultas del proceso, evitando el daño irreparable o de difícil reparación que se provocaría por cualquier conducta fraudulenta del destinatario de la medida hacia el patrimonio o los miembros de la familia.

---

<sup>124</sup> Vidaurre Santos, Berta Lorena. Tesis: La efectividad de las medidas cautelares y de protección. Pág. 96.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> Expedientes de los Juzgados.

<sup>127</sup> Arazi, Ronald. Las medidas cautelares. Pág. 4.

De lo anterior se puede señalar que el objeto de la medida cautelar debe guardar correspondencia con el objeto del proceso.

#### **5.3.7.4 Características**

- 1- “Se ordenan sin oír a la parte contraria. El Juez fundamenta su decisión en los hechos que afirma la parte solicitante. Art. 80 Pr F.
  
- 2- Son Provisionales. Una vez ordenadas, el juez puede revocar su decisión mediante recurso de revocatoria, o por medio de incidente y al oír a la parte contraria, lo mismo puede hacer la Cámara si el afectado ocurre en apelación. Arts. 150, 153 lit. f) Pr F.

También pueden ser modificadas las medidas o dejadas sin efecto en cualquier momento del proceso si cambian las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarlas. Art. 77 Pr F.

- 3- Son accesorias. En principio no tienen un fin en sí mismas sino que están en función de un proceso principal.”<sup>128</sup>

#### **5.3.7.5 Presupuestos**

Para que se decrete una medida cautelar la Ley Procesal de Familia no estableció requisitos que deban cumplirse en forma específica para sustentar la decisión del Juez. Pero la doctrina compartida por los tratadistas sostiene que para decretar una medida cautelar el Juez tiene que apreciar si se encuentran reunidos dos requisitos básicos a saber: “a) Verosimilitud del Derecho, b) Peligro en la demora. Ambos presupuestos deben evaluarse en forma armónica, a mayor verosimilitud del derecho, no cabe ser tan exigente en la gravedad o eminencia del daño y viceversa. Cuando existe el riesgo de un daño extremo o irreparable, el rigor acerca del Fomus Bonis Iuris se puede atemperar. Sucede en esta materia, más que en ninguna otra, que el criterio judicial adquiere importancia relevante, el juez debe obrar con prudencia pero rápidamente y con un sentido realista.”<sup>129</sup>

##### **a) Verosimilitud del Derecho**

---

<sup>128</sup> Ibidem. Pág. 6.

<sup>129</sup> Ibidem. Pág. 7.

“Este es un presupuesto básico, no se trata de la certeza absoluta sino de la apariencia de ese derecho (Formus Bonis Iuris: humo de buen derecho). El peticionario tiene la carga de acreditar, sin intervención de su contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en que funda su pretensión.”<sup>130</sup>

#### **b) Peligro en la Demora**

“Es la razón de ser la medida cautelar y señala el interés jurídico del peticionario. Consiste en la existencia de un riesgo de que, mientras se sustancia el proceso, la parte contraria pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible el cumplimiento de la sentencia definitiva.”<sup>131</sup>

#### **c) Prevención o Cesación de Daño Personal**

“En la doctrina no se encuentra contemplado este concepto, sino que es un producto histórico debido a que las sociedades siempre han legislado primeramente sobre lo patrimonial, y es hasta estudios más avanzados del Derecho en que se legisla a favor de las personas. Se le llama de esta forma, prevención o cesación de daño personal, precisamente porque es una situación de hecho, como lo sería el maltrato físico, en el cual existe un temor, peligro inminente a sufrir daño físico, o sufrimiento de daño moral.”<sup>132</sup>

### **5.3.7.6 Clasificación de las Medidas Cautelares**

“1- Atendiendo a la tipificación o la falta de ésta en la ley, se clasifican en: Medidas Cautelares nominadas o innominadas.

Este criterio se refiere a la existencia en la ley, en forma clara y precisa, de los instrumentos a los que el legislador les da el carácter de medidas cautelares. Así se tiene que son:

- a) Nominadas las medidas cautelares del secuestro y embargo de bienes, restricción migratoria, anotación preventiva de la demanda, alimentos provisionales, y otros, es decir, todas a las que la ley les asigna un nombre específico. Arts. 225, 258 C. F.; 124 lit. d) Pr F; 719 C. C; 142 Pr C.

---

<sup>130</sup> Ibidem.

<sup>131</sup> Fernández, Miguel Ángel. Derecho procesal civil. Tomo III. Pág. 61.

<sup>132</sup> Vidaurre Santos, Berta Lorena. Tesis sobre las medidas cautelares. Pág. 109.

- b) Innominadas, si el legislador no ha dispuesto en forma clara y precisa la existencia de los instrumentos a los cuales les da el carácter de medidas cautelares pero deja abierta la posibilidad de su creación, se está en presencia de las medidas innominadas llamadas así por no tener un calificativo pre-establecido en la ley, si no que, quedan establecida por la facultad discrecional del Juez, siendo su creación de carácter jurisdiccional. Art. 76 Pr.F.

2- Atendiendo al objeto sobre el cual recaen, las medidas cautelares se clasifican en: Patrimoniales y Personales.

- a) Es patrimonial la medida cautelar que surte efectos patrimoniales dentro de la esfera jurídica del destinatario de la medida. Ejemplo: La anotación preventiva de la demanda, el secuestro y embargo de bienes.
- b) Es medida cautelar de tipo personal, si la medida impone una conducta específica a observar, surtiendo efectos personales. Ejemplo: La exclusión del hogar al infractor y el internamiento de un incapaz.

3- Atendiendo al efecto y fines perseguidos con el ejercicio de las cautelas, éstas pueden ser:

- a) Pre ordenadas a conservar el objeto del litigio;
- b) A ejecutar forzosamente la prestación que se pretende;
- c) A mantener situaciones de hecho, existentes al momento del litigio y que se pretende que continúen inmutables; y,
- d) Aquellas que sólo persiguen efectos publicitarios.

Como ejemplo de la primera, está el secuestro preventivo de bienes, de la segunda se tiene el embargo, de la tercera el uso de la vivienda familiar otorgada provisionalmente y de la cuarta, la anotación preventiva de la demanda.”<sup>133</sup>

#### **5.3.7.7 Juez Competente para conocer de la Solicitud de Medida Cautelar**

Respecto a la competencia para el proceso cautelar, ésta es determinada por la competencia para el proceso principal. Así lo establece la Ley Procesal de Familia al contemplar “la competencia en razón del territorio de los jueces de familia, se extiende a toda la República para conocer y decidir las medidas cautelares que sean solicitadas”, según el Art. 78 Pr F.

---

<sup>133</sup> Ibidem. Págs. 106-107.

Esto constituye una excepción a las reglas generales de la competencia establecidas en el Código Procesal Civil en cuanto a la competencia territorial. Así las cosas, los jueces de familia no importando el criterio determinante de la competencia como es el domicilio del demandado, están obligados a decretarlas no obstante éstas tengan que ser dictadas fuera del territorio para el cual es competente. Y tal regulación tiene sentido, porque quien debe conocer de lo accesorio es quien conoce de lo principal, ya que las consecuencias o efectos que éste produzca repercutirán en el proceso.

### **5.3.7.8 Sustanciación de las Medidas Cautelares**

#### **a) Formas de Interposición**

Las medidas cautelares pueden ser impuestas de oficio o a petición de parte. Cuando se hace a petición de parte la ley manifiesta que debe hacerse por escrito y que éste deberá contener el fundamento de los hechos por los cuales se solicita la medida, la determinación precisa de éstas y su alcance. Arts. 75 y 79 Pr F.

En la práctica la mayor parte de medidas impuestas, son decretadas de oficio y por regla general no son solicitadas por escrito sino que en forma verbal pues únicamente la parte se apersona al Juzgado a expresar que necesitan medidas cautelares y esto principalmente acontece en los procesos que se tramitan de oficio. Art. 41 Pr F.

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas en cualquier estado del proceso, es decir a partir de la demanda hasta después de la sentencia definitiva, por lo que revisten el carácter de preprocesal, procesal y post procesal. También pueden ser decretadas como acto previo pero como ya se señaló no constituyen un incidente. Art. 75 Pr F.

#### **b) Trámite**

Una vez presentada la solicitud el “Juez debe resolver sobre la misma con sólo la petición del interesado sin notificación o audiencia previa de la parte contraria”. Art. 80 Pr F.

#### **c) Resolución**

Posteriormente, el juez dicta una sentencia interlocutoria mediante la cual decreta si hay lugar o no a la medida cautelar. Dentro de la resolución pueden decretarse las señaladas en

los Arts. 130, 124 Pr F, 255 C. F.; Art. 258 C. F.; Art. 142 Pr C, y 7 Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

Una vez se hubiere decretado la medida ésta se notificará al destinatario cuando éste no hubiere comparecido a la audiencia o acto procesal en la que fue decretada, según el Art. 80 inc. 2º Pr F. Además el Juez debe establecer el alcance de la medida impuesta cuando haya habido lugar a la misma. Art. 77 Pr F.

#### **d) Recursos**

Por tratarse de una sentencia interlocutoria, ésta admite el recurso de revocatoria y de apelación. Arts. 150 y 153 lit. f) Pr F.

#### **e) Efectos**

Cuando se decreta la medida cautelar ninguna petición o incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. Art. 80 inc. 1º parte final Pr F.

Cuando la medida consista en una orden de protección que genere una obligación de carácter personal se establece un plazo para su cumplimiento y se le notifica al obligado.

Ejemplo: “En un proceso se decretó como medida, que el demandado entregara a los hijos ya que se le había concedido al demandante el cuidado personal temporal como medida cautelar señalándose para su cumplimiento un plazo de diez días.”<sup>134</sup>

#### **5.3.7.9 Anotación Preventiva de la Demanda**

Se denomina Anotación Preventiva de la demanda a “aquella medida cautelar mediante la cual se asegura la publicidad de los procesos relacionados con bienes, frente a la eventualidad de que la sentencia en que recaiga sobre el proceso haya de ser opuesta a tercero adquirente de los bienes vinculados al litigio o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre éste”.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> Expedientes de los Juzgados.

<sup>135</sup> Arazi, Ronald. Las medidas cautelares. Pág. 227.

Este tipo de medida cautelar se origina en el proceso de familia y a diferencia del proceso civil, ésta puede ser decretada de oficio o a petición de parte, según el Art. 124 lit. d) Pr F, con excepción de lo dispuesto en el Art. 131 inc. 2º Pr F, en donde sólo puede solicitarse a petición de parte.

En cuanto a su aplicación el Código civil en el Art. 719 señala que, para que se realice la anotación preventiva es necesario que el solicitante presente el instrumento inscrito que se refiera directamente a los inmuebles o derechos demandados. Pero esto en materia de familia no es absoluto pues basta con que se indique el registro en el cual se encuentre inscrito porque el Juez de familia dentro de las facultades oficiosas, está obligado inclusive a recolectar la prueba necesaria para evitar un fallo inhibitorio o desestimatorio, a procurar que no se cause un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva. Arts. 124 inciso último; 55 inciso 2º, 7 literales a), c) y e); 6 literal d) y 131 inciso 2º Pr F.

En cuanto a su trámite se aplica lo dispuesto en el Proceso Civil en base al Art. 218 Pr F relacionado con el Art. 727 Pr C.

Un ejemplo de anotación preventiva en materia de familia es el siguiente: “En un proceso por divorcio, el demandado al contestar la demanda solicita se anote preventivamente un inmueble inscrito a favor de la demandante. El Juez accede a lo solicitado y procede conforme al artículo antes expresado”.<sup>136</sup> En materia de familia puede considerarse que esta medida cautelar puede ser preprocesal y procesal.

#### **5.3.7.10 Secuestro y Embargo de Bienes**

Estas medidas cautelares son aplicables en materia de familia y así lo expresa la exposición de motivos de la Ley Procesal de Familia.

En cuanto al secuestro: “Este consiste en el apoderamiento físico de una cosa en virtud de una orden judicial para su depósito transitorio o custodia.”<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Expedientes de los Juzgados.

<sup>137</sup> Arazi, Ronald. Ob.Cit. Pág. 141.

Embargo: Esta medida puede darse en materia de familia y “consiste en la sujeción de bienes inmuebles a un régimen jurídico especial que consiste en su deber de abstenerse de todo acto jurídico o físico que puede tener por resultado disminuir la garantía que dicho bien, concreta y en la circunstancia que el titular del dominio del bien embargado en lo sucesivo no puede ejercer determinadas facultades aún legítimas, sin autorización judicial”.<sup>138</sup>

Estas dos figuras de medidas cautelares pueden darse como preventivas, toda vez que se solicite para efectos de garantizar la efectividad de una futura sentencia por acaecer. En este supuesto se estaría frente a un tipo de incidente preprocesal o procesal. Si éstas acontecieron desde la demanda hasta antes de la sentencia definitiva.

También pueden producirse estos incidentes después de dictada la sentencia para efecto de hacer cumplir la misma y en ese caso se está ante un incidente de tipo post procesal. Arts. 142 Pr C, 218 y 131 Pr F.

#### **5.3.7.11 Medidas de Protección**

Las medidas cautelares de tipo personal, han sido llamados por la ley procesal de familia, como medidas cautelares de protección, las cuales se encuentran desarrolladas en el art. 130 de la Ley Procesal de Familia. También la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, en el Art. 7 contempla las medidas de protección.

En las medidas de protección se aplican las reglas generales de medidas cautelares, pero éstas presentan notas distintas con las otras cautelas como son:

- a) Peligro de daño personal; y,
- b) La cesación del daño personal.

Con respecto al peligro, se refiere a evitar que se produzcan daños irreparables, o de difícil reparación a los miembros de la familia. Sea este daño físico o psicológico.

La cesación del daño personal, se debe entender como causa de las medidas de protección. Aquí no existe una sospecha del deudor, aquí lo que persiste es el peligro del daño, que puede ser inminente o actual, físico o moral.

---

<sup>138</sup> Alvarez, Julia. Manual de derecho procesal civil. Pág. 431.



“Este tipo de medidas imponen la observancia de una conducta específica, obligando al destinatario de la medida a realizar una acción o una abstención en beneficio de la familia, tutelando un derecho reconocido en la ley.”<sup>139</sup>

#### **a) Trámite**

En cuanto a su trámite las medidas de protección siguen el trámite general de las medidas cautelares del cual ya se han hablado anteriormente.

Atendiendo al momento en que pueden producirse, las medidas de protección pueden ser: Preprocesal, procesal y post procesal.

### **5.3.8 TERCERÍAS**

Una vez que la sentencia está firma debe cumplirse y ejecutarse por las partes dentro de los tres días después de su notificación. Art. 442 Pr C.

Cuando la parte condenada no cumple la sentencia dentro de los tres días, el Juez de Primera Instancia procederá a petición de parte a hacerla ejecutar. Art. 443 Pr C.

En materia procesal de familia, la ejecución de la sentencia es una fase del proceso y es ejecutada por el juez que conoció en primera instancia, según el Art. 170 Pr F., relacionado con los Arts. 587 # 4, 591 # 1 Pr C.

Para efecto de darle cumplimiento se siguen diligencias, las cuales inician mediante una solicitud presentada por la parte interesada en que se ejecute la sentencia, a partir de ese momento se comienza a realizar un trámite semejante al Juicio Ejecutivo, con la diferencia en que no existe término del encargado, según el Art. 172 inc. 1º Pr F., relacionado con el Art. 450 Pr C. Dicho trámite se sigue hasta que una vez vendidos los bienes del demandado, con lo obtenido de la venta se ordena pagarle al demandante.

---

<sup>139</sup> Vidaurre Santos, Berta Lorena. Tesis sobre las medidas cautelares. Págs. 127-128.

Puede ocurrir que en el trámite de las diligencias de ejecución, se presente un tercer opositor generándose un incidente que sería post procesal, porque sólo puede suceder en la etapa de ejecución de la sentencia una vez que se ha trabado el embargo.

Es importante señalar que no sólo podría presentarse en ese caso puesto que el Art. 612 Pr C., al hablar del embargo, éste expresa que puede darse en bienes muebles e inmuebles. Al respecto se puede decir que si bien es cierto, existe distinción entre lo que se denomina embargo y secuestro por la doctrina, en virtud de dicha confusión se sostiene “que la tercería opera cuando se ha trabado un embargo o un secuestro de bienes de un tercero”.<sup>140</sup>

Tercería, concepto: “Se trata de una pretensión que interpone un tercero (tercerista) ajenos de las partes (actor-demandado) que interviene en un proceso o en diligencias de ejecución de sentencia, para los efectos de obtener el levantamiento de un embargo trabado en ese proceso sobre un bien de su propiedad, o de que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia al embargante con lo producido de la venta del bien, que ha sido objeto de dicha medida.

La tercería únicamente procede cuando existe embargo del bien, a partir de ese momento queda abierta la acción de tercería”.<sup>141</sup>

#### 5.3.8.1 Clases

A partir del concepto antes enunciado puede identificarse en principio, dos orientaciones bien definidas a las que apuestan las tercerías.

“Si se reclama el levantamiento de un embargo trabado en el proceso principal, sobre un bien de propiedad del tercerista, se está frente a la denominada **tercería de dominio**.

En cambio, si lo que persigue el tercerista es ser pagado con preferencia al embargante con lo producido de la venta del bien que ha sido objeto de la subasta, se tratará de una **tercería de mejor derecho**.

---

<sup>140</sup> Arazi, Ronald. Las medidas cautelares. Pág. 125.

<sup>141</sup> Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Pág. 590.

Del análisis de ambas clases surge como punto coincidente la existencia de un embargo como motor que impulsa la promoción de una tercería.”<sup>142</sup>

### **5.3.8.2 Naturaleza de la Tercería**

“La tercería en sí no es un incidente propiamente, sino que más bien corresponde a un juicio incidental porque se caracteriza por perseguir una pretensión de mérito, la cual se tramita en forma independiente al proceso principal al que accede con sus propias reglas y con efectos que únicamente alcanzan a él y no al proceso principal.”<sup>143</sup>

### **5.3.8.3 La Tercería en la Ley Procesal de Familia**

Como ya se ha dicho la tercería es en sí propiamente un Juicio Incidental, debido a la accesoriedad al proceso del cual surgió, y por tratarse de un juicio y no de un incidente se necesita de una regulación especial que señale el trámite que se debe seguir para su resolución.

Lo anterior en materia Procesal de Familia no fue contemplado sino que cuando se refirió a la etapa de ejecución de la sentencia únicamente se expresó que se aplicaría lo dispuesto para el juicio ejecutivo omitiendo solamente el término de prueba. El Art. 172 Pr F., inciso primero expresa que: “Con la sola petición de la parte a cuyo favor se pronunció la sentencia el Juez dictará el embargo de los bienes del ejecutado y se procederá de conformidad con las normas establecidas para el juicio ejecutivo omitiéndose lo relativo al término de pruebas”.

Es lógico pensar que cuando se embarga un bien, puede acontecer que el bien embargado sea de la propiedad de otra persona o que éste alegue tener derecho que garantice un mejor derecho en cuanto al pago. A partir que esta persona se presenta al juzgado argumentando una de estas circunstancias se origina una tercería; cuando ocurre esto da lugar a preguntar ¿Quién es el juez competente para conocer de ello? y ¿Qué trámite debe seguirse?

---

<sup>142</sup> Arazi, Ronald. Ob.Cit. Pág. 124.

<sup>143</sup> Ibidem. Pág. 129.

Para responder a estas interrogantes es necesario considerar lo que ya antes se había analizado, que la naturaleza del Proceso de Familia consiste en ser corto y oral; y al aplicar al trámite de la tercería señalado por el proceso civil no se cumpliría con estos principios, ya que el Procedimiento Civil es escrito y lento. Situación por la cual podría considerarse de que al aplicar dicho trámite iría en contra de la naturaleza del proceso de familia; pero es importante hacer mención que cuando se está en una etapa de ejecución de sentencia el derecho propiamente de familia ya ha sido ampliamente debatido y ha sido tutelado o rechazado por la sentencia que dictó el juez competente. Por consiguiente no se desnaturalizaría el proceso de familia, en razón de que en la fase de ejecución de la sentencia se está ante una etapa en la que se está haciendo valer la fuerza ejecutiva que tiene la sentencia por sí misma y no existe la discusión de un derecho de familia que ya fue contemplado en el proceso.

También es necesario tomar en cuenta, para sustentar la aplicación de las disposiciones del Derecho Procesal Civil, cuando se trata de resolver una tercería; la solución que proporciona el Código de Trabajo en el Art. 422 inciso cuarto que literalmente dice: “la ejecución de la sentencia y arreglos conciliatorios a que se refiere el inciso primero, se tramitarán sin formar pieza separada y sin necesidad de ejecutoria; y las tercerías se considerarán como puramente civiles tramitándose en consecuencia ante el mismo juez de lo laboral competente y sujetándose éste al procedimiento civil”.

En este párrafo del artículo citado, la ley sujeta a que el Juez de lo Laboral resuelva cuestiones de carácter civil por tratarse que la tercería es un juicio accesorio y la regla es que el juez que conoce de la causa principal debe conocer de lo accesorio y por ello puede decirse que hay una extensión de la competencia en razón de la materia por conexidad.

En base a las consideraciones anteriores se puede responder a las interrogantes hechas en cuanto al juez competente que sería el Juez de Familia porque el juez de la causa principal es el mismo juez de lo accesorio y el juicio de tercería es un juicio accesorio.

En cuanto al trámite deberá estar a lo preceptuado por el proceso común, ya que el Derecho Laboral regula expresamente que al momento de presentarse una tercería debería decidirse

conforme al Procedimiento Civil y como el área Laboral y el área de Familia pertenecen a una misma rama del Derecho, al Derecho Social, y haciendo uso de la integración del derecho, puede decirse que en materia procesal de familia, cabe aplicarse la forma cómo se ha previsto en el Derecho Laboral. Además, otra razón que da lugar a sustentar lo ya expresado es el Art. 172 Pr F, que expresa que “para el cumplimiento de la sentencia se estará a lo dispuesto para el juicio ejecutivo y lo que respecta a la tercería está incluido dentro del Título Tercero dedicado al juicio ejecutivo, en el capítulo sexto de dicho título.”

En otras palabras, la tercería forma parte de lo que es el juicio ejecutivo y como consecuencia de ello, tendría aplicación en materia procesal de familia por lo dispuesto en el artículo antes mencionado.

#### **5.3.8.4 Sustanciación de la Tercería**

##### **a) Interposición**

En cuanto al momento procesal para interposición de la tercería, ésta dependerá de la clase de tercería que se trate, pues si se trata de tercería de dominio es “necesario que para que el embargo funcione como elemento determinante de la deducción de una Tercería debe estar efectivamente trabado de forma tal que afecte el derecho invocado por su titular”.<sup>144</sup> Es decir que puede iniciarse a partir de la traba del embargo hasta antes de la entrega de la posesión de los bienes a quien resultó comprador de los bienes en la subasta pues ésta no podrá hacer el reclamo al adquirente de buena fe una vez realizada su entrega.

“Tratándose de tercería de mejor derecho, ésta podrá ser propuesta después de trabado el embargo, hasta antes de que se haya efectuado el pago al acreedor ya que lo que persigue la tercería es el pago preferente”<sup>145</sup> Art. 652 inciso 1°.

##### **b) Forma de Interposición**

La forma de interponer la tercería es mediante un escrito que deberá presentar el tercero. Este deberá reunir los requisitos de la demanda según lo dispuesto en el art. 650 Pr.C.; esto

---

<sup>144</sup> Ibidem. Pág. 124.

<sup>145</sup> Ibidem. Pág. 126.

tiene razón de ser porque se trata de un juicio incidental que lleva en sí su propia pretensión.

Pero los requisitos que debe cumplir son los comprendidos en el art. 193 Pr.C., pues como en forma clara lo expone el Código Laboral en el Art. 422 inciso 4º las tercerías son puramente civiles y por ello no tendrá aplicación los requisitos que se señalan para la demanda en el Derecho Procesal de Familia, puesto que en los juicios de tercería se deberá sujetar a todo lo dispuesto en materia procesal civil.

### **e) Trámite**

Una vez presentado el escrito de solicitud, se manda a oír por tres días a cada una de las partes. Art. 650 Pr.C.

Una vez que han contestado y si el ejecutante no se opone a que se levante el embargo, se declarará excluido el embargo, dejando el Derecho del tercero y del ejecutado a salvo para que éstos ventilen sus derechos de la forma que les convenga, (por medio de juicio separado o de cualquier otro arreglo a que éstos puedan llegar). En este caso, únicamente se genera un incidente, mediante el cual se resuelve la tercería propuesta y como consecuencia de ello se ordena levantar el embargo. Art. 650 Pr.C.

Cuando hay oposición al desembargo el trámite depende del tipo de tercería así:

#### **i) En el caso de Tercería de Dominio**

Si al contestar el ejecutante se opone a la entrega de los bienes, y la tercería es fundamentada en un instrumento público o auténtico, inscrito en el Registro de la Propiedad se manda a suspender la ejecución y se da trámite al juicio de tercería por los trámites del juicio ordinario en pieza separada. Y en el mismo auto se ordena el traslado por el término ordinario al ejecutante y al ejecutado, es decir, se manda a emplazar al ejecutante y ejecutado por el término de ley, el cual es de seis días, en otras palabras, se le notifica para que pueda contestar la demanda. Arts. 521 y 522 Pr C.

Cuando la tercería no se fundamenta en un instrumento inscrito en el Registro de la Propiedad, el juez ordenará previamente al tercerista a petición de la parte ejecutante, que rinda fianza suficiente dentro de los seis días para que responda al ejecutante por las costas, daños y perjuicios en que pudiera resultar condenado. Esta fianza puede ser personal o hipotecaria y, dicha suma se determinará por el juez en una forma aproximada. Una vez medida y aprobada la fianza o cuando no se hubiese pedido fianza por el ejecutante al momento de oponerse al levantamiento de la carga, se da trámite al juicio ordinario en la misma forma como en el caso anterior. Art. 652 inc. 2º Pr C.

Cuando la tercería se refiere únicamente a alguno de los bienes embargados, se puede continuar con la ejecución si así lo solicita el ejecutante pero únicamente sobre los bienes que no son reclamados en la tercería pues respecto de esto se llevará el trámite según lo antes expresado.

#### **ii) En el caso de Tercería de Mejor Derecho**

Cuando el tercerista sólo alega derecho preferente o pida que se haga pago a prorrata con respecto al producto de los bienes pueden acontecer dos casos:

- A- Cuando la tercería se fundamenta en instrumento ejecutivo, se continúa con la ejecución y únicamente se concede el término probatorio del juicio ejecutivo que es de ocho días para discutir el Derecho del tercero y, la sentencia que se pronuncie con respecto a la ejecución contendrá también la resolución correspondiente a la tercería. Es decir, se le da el mismo trámite del juicio ejecutivo que hubiese tenido lugar, en el caso que se hubiese propuesto en juicio ejecutivo en forma independiente. Art. 652 inc.1º Pr.C.
- B- Si la tercería se fundamenta en cualquier otra especie de prueba, se exige la fianza al tercero en los mismos pasos de los señalados en el segundo caso de la tercería de dominio, y sólo en el caso de que sea rendida y aprobada la fianza, se mandará a seguir la tercería en pieza separada en el respectivo juicio ordinario. Art. 652 inc. 1º Pr.C.

“En los casos de tercería de mejor derecho, nada impide que se siga con el trámite de la ejecución del juicio principal, llegando hasta la subasta inclusive, pues en estos casos, no está en discusión la titularidad del bien embargado, sino que el derecho del tercerista de haber satisfecho su crédito con preferencia al del embargante, en virtud de una preferencia de pago. Por lo tanto sólo se suspende el pago quedando la suma obtenida en la subasta depositada judicial hasta que sea decidida en juicio la entidad, alcance y existencia del crédito privilegiado alegado.”<sup>146</sup> Art. 652 inciso 1º parte final Pr C.

#### **d) Resolución**

La resolución que emita el juez de la causa que conoció de lo principal puede ser en dos aspectos:

- 1- Cuando es desechada la tercería por no reunir los requisitos y no se acompañe los documentos que la justifican, ésta es rechazada de plano, es decir sin ningún trámite. Esta sentencia es una interlocutoria de las que le ponen fin al proceso. Arts. 418, 652 inciso 7º y 1º relacionado con el 651 inciso 2º Pr C.
- 2- Cuando se tramite el proceso, se dicta la sentencia definitiva admitiendo o rechazando la tercería. Art. 421 Pr C.

#### **e) Recursos**

Contra la que rechaza la tercería se trata de una sentencia interlocutoria que le pone fin al proceso y los recursos que proceden son revocatoria y apelación en base a los Arts. 426 y 984 inciso 3º Pr C.

Contra la sentencia de mérito únicamente proceden los recursos de reforma en lo accesorio, explicación y apelación. Art. 436 Pr C.

#### **f) Efectos**

Si la tercería se rechaza: El Art. 651 inciso 4º expresa que: “Si el tercerista sucumbe será condenado al pago de costas, daños y perjuicios que con la tercería ha causado a las partes.”

---

<sup>146</sup> Ibidem. Pág. 128.



Cuando se declara no ha lugar la tercería de dominio y el instrumento en que ésta se fundamento apareciere que fue falsificado, suplantado o simulado, el juez mandará informe a la Fiscalía para que se inicie el juicio penal correspondiente a los autores, cómplices o encubridores del delito. Art. 652 inc. 3°.

De la misma forma antes anotada, se procede contra el tercerista de dominio excluyente y aún contra el ejecutado, cuando éstos negaren un acto o contrato que apareciere que personalmente hubieran ejecutado o celebrado. Si dicha negativa fue la que causó el fundamento de la acción de tercería. Art. 652 inc. 4° Pr C.

Si es admitida la tercería tratándose de tercería de dominio, se mandará levantar el embargo sobre el bien del tercero. Si se tratare de tercería de mejor derecho, se establecerá en la resolución la forma en que deberá ser pagado tanto el ejecutante como el tercerista.

#### **5.3.8.5 Consideraciones sobre el tema de la Tercería para otras legislaciones**

Haciendo uso del derecho comparado, la tercería para otras legislaciones tiene un tratamiento diferente al que la legislación nacional impone.

Así para el caso, la legislación española señala que: “por tratarse de decidir sobre la propiedad o la titularidad de derechos privados, el conocimiento es civil (sin importar cual sea la naturaleza -penal, administrativa, laboral- del órgano que ha trabado los bienes y procede su realización).

Ningún otro órgano, jurisdiccional o no, podría pronunciarse definitivamente, pueden hacerlo, a veces, de modo provisional, sobre estas materias que son de índole civil sin sobrepasar los objetivos de su jurisdicción”.<sup>147</sup> Aquí se puede apreciar que en España cuando un juez que no conoce en materia civil, da trámite a una tercería, sólo emite una resolución provisional, a diferencia de la legislación del país en la cual dicha resolución es definitiva.

---

<sup>147</sup> Fernández, Miguel Angel. Derecho procesal civil. Tomo III. Pág. 307.

Para el derecho argentino, el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, en el Art. 101 según Arazi: “faculta al juez para imprimir el trámite de los procesos ordinarios, sumario o el de los incidentes, de acuerdo con la mayor o menor complejidad de la tercería a deducir, resultando esta resolución irrecurrible por ser uno de los supuestos previstos por el Art. 319 del mismo cuerpo legal, en cuanto autoriza al juez a determinar la clase de proceso aplicable”.<sup>148</sup>

Para esta legislación dependerá de la complejidad de la tercería, la aplicación del trámite; situación que para el trámite de tercerías en la legislación nacional únicamente señaló el trámite ordinario para su sustanciación y únicamente en el caso de tercería de mejor derecho cuando esta se basa en título ejecutivo permite el trámite del juicio ejecutivo para el mismo.

El Anteproyecto de Código Procesal Civil modelo para Ibero América al referirse a la tercería en el Título III de procesos incidentales, Capítulo IV referente a tercerías en el Art. 295 expresa: “Tercerías en procesos de ejecución, ejecutivos o cautelares”, Art. 295.1 las tercerías en procesos de ejecución, ejecutivos o cautelares, promovidas por quien comparezca a raíz de alguna medida cautelar, tomada sobre bienes de su propiedad o sobre los cuales tuviere un mejor derecho que el embargante, se sustanciará en pieza separada con quien solicitó la cautela y su contraparte, con un traslado por el plazo común de seis días, siguiéndose, en lo demás, el procedimiento regulado por los Arts. 285 y 286.

Art. 295.2 La promoción de tercería de dominio suspenderá el trámite principal, al llegarse al estado de remate del bien respectivo.

Art. 295.3 Tratándose de tercería de mejor derecho, el trámite principal se suspenderá al formularse la liquidación del haber ejecutado.

Trámite general, en cuanto a su tramitación se aplica el de los incidentes, regulado en los Arts. 285 y 286.

---

<sup>148</sup> Arazi, Ronald. Ob.Cit. Pág. 130.

Art. 285. Incidente fuera de audiencia, 285.1 la demanda incidental se planteará por escrito, tratándose un traslado por seis días que se notificará a domicilio.

285.2 Tanto con la demanda como con la contestación, si se tratase de una cuestión que requiera prueba, las partes acompañarán conforme con lo dispuesto con el Art. 111 (regula lo referente a las pruebas que deben anexarse u ofrecerse en la demanda).

El tribunal ordenará el diligenciamiento de la prueba y la concentrará en una sola audiencia, al término de la cual oirá brevemente a las partes acerca del resultado de la misma.

285.3 Contestado el traslado, si se tratase de un asunto de puro derecho o si las partes no ofrecieron prueba o si el tribunal no considerare necesario decretar ninguna o una vez diligenciada la que correspondiere, el tribunal resolverá.

## 286. Recursos

286.2 El auto interlocutorio que decide el incidente será susceptible de los recursos de reposición y apelación en subsidio, este último con efecto diferido al de la sentencia principal.

### **a) Comentario en relación a las diferentes regulaciones antes anotadas**

Tomando en consideración que la naturaleza de la tercería, y atendiendo a que se trata de un juicio incidental, como parámetro para analizar las formas de resolver la tercería, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

- Tratándose de la forma de resolver en España: El problema que presenta es que la resolución que se emite, sólo surte efectos provisionales dejando la posibilidad de discutir nuevamente el asunto; no existiría problema si se tratase de tercería de dominio, ya que la misma naturaleza de éstos, principalmente si se trata de bienes inmuebles, permite una nueva discusión, el problema se presenta en el caso de la tercería de mejor derecho, ya que en ésta de lo que se trata es de discutir únicamente a quien deberá pagársele con preferencia, una vez decidido implica que deberá pagársele al vencedor y

éste queda en libertad de disponer del efectivo lo cual prácticamente imposibilita volver a discutir lo mismo, por consiguiente no es muy recomendable su aplicación.

- Tomando en considerando el trámite en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Ibero América, éste señala trámite de incidente para resolver la tercería, el trámite incidental si bien es cierto es más ágil para resolver, pero presenta la dificultad que debido a su brevedad impide que sea discutido en una forma amplia lo que las partes pretenden, esto prácticamente contraría la naturaleza de la tercería puesto que por tratarse de un juicio incidental, necesita que la pretensión aducida por el tercerista deba ser discutida en forma amplia.
- En cuanto al trámite aplicado en Argentina, éste resulta ser más aceptable porque permite que la sustanciación de la tercería, se adapte a la de los juicios ordinarios, sumarios o al de los incidentes, dependiendo de la complejidad de la tercería. Esto facilita adecuar de una manera más precisa, el trámite de la tercería, dependiendo de lo que se está tratando de resolver.

Por lo tanto podría decirse que ésta última es la más aceptable que debería aplicarse al proceso de familia, porque de regularse en esta forma sería más viable para facilitar la resolución, en caso de presentarse un problema de esta naturaleza; ya que el proceso de familia es breve, permitiendo que las partes resuelvan sus controversias en forma rápida, también debería comprender que ese amparo del derecho se haga de una forma inmediata a causa de las necesidades que pudieran existir. Pero para esto es necesario reformar el Art. 172 Pr F.

#### **5.4 TÍTULO IV**

#### **TRÁMITES ADMINISTRATIVOS Y CUESTIONES PRINCIPALES A LAS QUE SE LES SUELE CONSIDERAR COMO INCIDENTES**

##### **5.4.1 Consideraciones Generales**

En un sentido más amplio como se concibe en la tesis: “Repercusiones de los Incidentes en el Proceso de Familia”, se sostiene el concepto que los incidentes son todos los

apartamientos de las etapas esenciales del proceso como lo son la demanda, admisión, emplazamiento, contestación de la demanda, exámen previo, audiencia preliminar y audiencia de sentencia. Fuera de esto todo lo demás es considerado como incidente, incluyendo las excepciones perentorias, multas y otros.

Esta concepción es sustentada hasta cierto punto por algunos autores, entre ellos Hugo Alsina, que dice que son incidentes: “todo acontecimiento que sobreviene accesoriamente en el curso de la instancia, ya sea en juicio ordinario como en los especiales. Así puede ser incidente la interposición de un recurso, el pedido de nulidad de una diligencia procesal, la prueba en el proceso porque evacuado el traslado de la demanda, el juez se encuentra en condiciones de dictar sentencia a menos que de la contestación resulten hechos controvertidos, en cuyo caso se forma el expediente respectivo.

También pueden ser calificados como incidentes los que tengan relación más o menos inmediata, con el objeto principal del pleito que se promueve”.<sup>149</sup>

Como puede observarse en lo manifestado por Alsina, se considera que la interposición de un recurso genera un incidente, lo cual bajo la óptica de la presente investigación no es del todo cierto por los motivos que más adelante se expondrán.

Otra definición que contempla algunas cuestiones principales como Incidentes es la señalada por Osorio, quien manifiesta que Incidente es: “El litigio accesorio suscitado con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal, y que se decide mediante una sentencia Interlocutoria (Couture); o como dice Brailovsky, cuestión accesoría que se plantea dentro del curso de la instancia.

Entre otros, se consideran incidentes típicos las excepciones dilatorias y las perentorias, las medidas cautelares, los embargos y desembargos, las tachas en general, la citación de saneamiento y evicción, la declaración de pobreza, la acumulación de autos y otras muchas.”<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo IV. Págs. 509-510.

<sup>150</sup> Osorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 372.

De los ejemplos de incidentes que aparecen en la definición dada por Osorio, se denota que las excepciones perentorias son tomadas como Incidentes típicos. Este criterio no es compartido en la presente investigación debido a las razones expuestas más adelante.

Con relación a lo expresado por los citados autores, se puede apreciar que la definición de incidente es tomada de una forma más amplia, que la definición adoptada en la presente investigación.

#### **5.4.2 Análisis sobre los Trámites Administrativos**

Dentro de los trámites administrativos que no se consideran como incidentes se encuentran: Las multas, las costas y solicitud de certificación de pasajes del proceso.

En cuanto a las multas en el proceso de familia ésta consiste en una sanción pecuniaria que se le impone a las partes y a sus apoderados, dicha sanción es impuesta según el Art. 213 Pr F., el cual dice que se procederá de acuerdo a la Ley de Procedimientos para la imposición de arrestos y multas administrativas.

Como ejemplo de esto puede citarse lo dispuesto en el Art. 111 Pr F., que expresa que la inasistencia no justificada del demandante y de su apoderado a la audiencia preliminar dará lugar a la imposición de una multa.

Con respecto a las costas, sólo se hace mención de ellas en el Art. 74 Pr F., que dice que cuando se ha solicitado por las partes el incidente de Acumulación de Procesos, una vez que se le dio trámite y el Juez declara que no hay lugar a la acumulación, en este caso se condenará en costas a la parte que lo solicitó previo trámite incidental.

En referencia a la solicitud de certificación de pasajes del proceso, regulado en el Art. 1240 Pr C., el artículo expresa que cuando se pida certificación de ciertos pasajes del proceso, se oirá dentro del tercero día a la parte contraria y se expedirá la certificación solicitada, esto es empleado en la práctica por aplicación supletoria del Art. 218 Pr F.

En el primer caso se aplica el trámite señalado por la ley mencionada, y en los dos casos en mención se da para su imposición o decisión el trámite general de los incidentes. Pero es de

hacer notar que las cuestiones que se deciden no tienen ningún efecto en el proceso y son ante todo cuestiones administrativas, que no reúnen el requisito de accesoriadad en relación a la cuestión principal. Por consiguiente no pueden ser considerados como incidentes procesales para la presente investigación.

Como se ha manifestado en la investigación, pueden ser considerados como incidentes, las cuestiones accesorias que necesitan decisión previa para sanear el proceso y que tienen una vinculación directa o indirecta con la cuestión principal; requisitos que estos trámites administrativos no cumplen por tratarse más bien, de cuestiones administrativas sustanciadas bajo un trámite incidental o un trámite especial en el caso de las multas.

#### **5.4.3 Análisis sobre los Recursos**

En cuanto a los recursos, éstos son tomados por la doctrina como: “Todos aquellos medios que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efecto de subsanar errores de fondo o vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas”.<sup>151</sup>

Si bien es cierto, los recursos no forman parte de las etapas esenciales del proceso, pero están destinados a velar para que las resoluciones emitidas durante el curso del proceso o dictadas en la sentencia definitiva, resuelvan cuestiones debatidas en la forma correcta. De esto se desprende que no tienen una accesoriadad al proceso, sino más bien están destinados a tutelar que la cuestión principal, sea decidida en la forma correcta; por lo tanto no reúnen el requisito de accesoriadad que es la nota característica o distintiva de los incidentes.

En cuanto al hecho que los recursos dentro del proceso son eventuales, es decir, que no siempre pueden acontecer, se ha llegado a sostener que por este hecho son incidentes, lo cual no es cierto, ya que la palabra eventual no es sinónimo de accesoriadad y no por ser eventuales se les debe tener como incidentes.

Por lo tanto, es posible sostener que la producción de un recurso no genera un incidente, debido a que es una etapa eventual del proceso que no es accesorial al mismo, porque se

---

<sup>151</sup> Ibidem. Pág. 644.

trata de algo principal destinado a garantizar la aplicación del debido proceso y el derecho a la justicia.

#### **5.4.4 Análisis sobre las Excepciones Perentorias y Mixtas**

Éstas están destinadas a destruir el derecho que se invoca en el proceso, como es el caso de la prescripción que es perentoria y la cosa juzgada que es mixta.

En la tesis citada al inicio de este título, se sostuvo que éstas trataban de incidentes debido a la eventualidad con la que pueden ser alegadas en los procesos, es decir, que no siempre van a producirse excepciones perentorias. Pero como ya se ha dicho antes la eventualidad no es sinónimo de accesoriedad; en el caso de las excepciones perentorias o mixtas no se trata de algo accesorio sino más bien se trata de lo principal, porque ellas están destinadas a destruir el derecho que se invoca, que constituye la cuestión principal o el proceso en el que se sustancia.

Lo anterior permite observar que no se está en presencia de cuestiones accesorias al proceso, sino ante cuestiones principales. En consecuencia, no se trata de incidentes procesales por no reunir el requisito esencial.

Con respecto a esto en virtud que no son incidente, es necesario plantear la incógnita ¿qué trámite darle a las excepciones perentorias?

En relación al trámite de las excepciones perentorias, la ley no expresa cual debe aplicarse en caso de ser alegadas y únicamente se limita a señalar, que deberán alegarse en la demanda y las que sean sobrevinientes en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia. Art. 50 Pr F.

Lo mismo acontece en el Código de Procedimientos Civiles en su Art. 131., que expresa que éstas se podrán oponer en cualquier estado del proceso antes de la sentencia definitiva.

Y en el Art. 132 inc. 2º se establece que éstas se resuelvan en la sentencia definitiva. Sin señalar un trámite específico.



En virtud de no existir regulación expresa sobre que debe hacerse cuando son alegadas, es necesario remitirse a lo que acontece en la práctica.

En el proceso de familia lo que hacen los jueces cuando se interponen, es mandar a oír a la parte contraria por el término de tres días, aplicando supletoriamente el término señalado para los incidentes.

En el proceso civil por el contrario, una vez que se han propuesto el Juez emite una resolución teniéndolas por interpuestas, y esta es notificada a la parte que las alega.

Con respecto a estas dos formas de tramitar las excepciones puede decirse que la aceptable es la adoptada por los Jueces de lo Civil ya que las excepciones perentorias son en sí las defensas que el demandado opone contra la pretensión del actor, y esta deberá discutirse al mismo tiempo y forma que la cuestión principal, pues el momento procesal en que se decidirá sobre ellas será en la sentencia definitiva. Art. 106 Pr F.

En lo expresado da la impresión que habría lugar a indefensión de la parte actora, pero esto no es así, ya que de las excepciones perentorias alegadas tendrá conocimiento en la audiencia preliminar, cuando se realice el resumen de las pretensiones de ambas partes, estipulado por el Art. 103 inc. 2º Pr. F.

Y si como excepción se han alegado hechos sobre los cuales, la parte actora no ha ofrecido prueba, podrá ofrecerla en la misma audiencia o posterior a ella según lo señala el Art. 44 inciso último que manifiesta que posterior a haberse presentado la demanda “podrá ofrecerse prueba sobre hechos sobrevinientes o relacionados con los hechos que el demandado aduzca en la contestación”.

**CAPITULO VI**  
**ANÁLISIS DE RESULTADOS**

**CAPÍTULO VI**  
**ANÁLISIS DE RESULTADOS**

**6.1 PRESENTACIÓN DE RESULTADOS**

En este apartado se presentarán los resultados obtenidos en la investigación de campo tomando en cuenta los instrumentos que se pasaron a la muestra, presentando estos resultados de forma estadística y gráfica.

**6.1.1 Cuadro de Temporalidad de Inicio y Finalización de los incidentes en los procesos de Familia. Año 2000-2001. (Ver anexo 1)**

Unidades de Análisis: Juzgado 1o y 2o de Familia de la ciudad de San Miguel.

El objetivo es para establecer la duración del trámite de los Incidentes en los Juzgados. El presente cuadro se elaboró a partir de la revisión de expedientes.

<b>Intervalo</b>	<b>Fa</b>	<b>Fr %</b>	<b>Tipo de Incidente</b>	<b>Forma de Interposición</b>	<b>Instancia parte u oficio</b>
De 1 a 9 días	13	43	Nulidad de oficio, acumulación de procesos, justo impedimento, nulidad de oficio, incompetencia de territorio, litisconsorcio, nulidad de oficio, embargo, medida cautelar, acumulación de procesos, justo impedimento, oposición a recepción de prueba testimonial, justo impedimento	Tres escrita y dos verbal	Siete de oficio y seis de parte
De 9 a 18 días	6	20	Justo impedimento, medidas de protección, medidas cautelares, medidas de protección, justo impedimento	Cuatro por escritos y dos no	Cinco a instancia de parte y una de oficio
De 19 a 28 días	2	6.7	Acumulación de procesos, impedimento	Los 2 de oficio	
De 29 a 38 días	1	3.3	Excepción dilatoria de informalidad	Escrita	De parte
De 39 a 48 días	1	3.3	Justo impedimento	Escrito	De parte
De 49 a 58 días	1	3.3	Justo impedimento	Verbal	De parte
De 59 a 68 días	1	3.3	Excepción dilatoria	Escrita	De parte
De 69 a 78 días	1	3.3	Medida cautelar	Escrita	De parte
De 79 a 88 días	0.0	0.0			
De 89 a 98 días	1	3.3	Conflicto de competencia	De oficio	
De 99 a más	3	10	Falsedad documental Anotación preventiva de la demanda Embargo	Verbal Escrita Verbal	De parte De parte De parte
Total	30	100			

**Interpretación**

En el cuadro anterior puede observarse que los incidentes que son resueltos en el intervalo temporal de 1 a nueve días tiene el porcentaje más alto ocupando un 43% seguido en segundo lugar por los que son resueltos en el intervalo de 9 a 18 días con un 20% ocupando el tercer lugar los resueltos en el intervalo de 99 a más días con un 10%.

### 6.1.2 Cuadros de Producción de Incidentes por año.

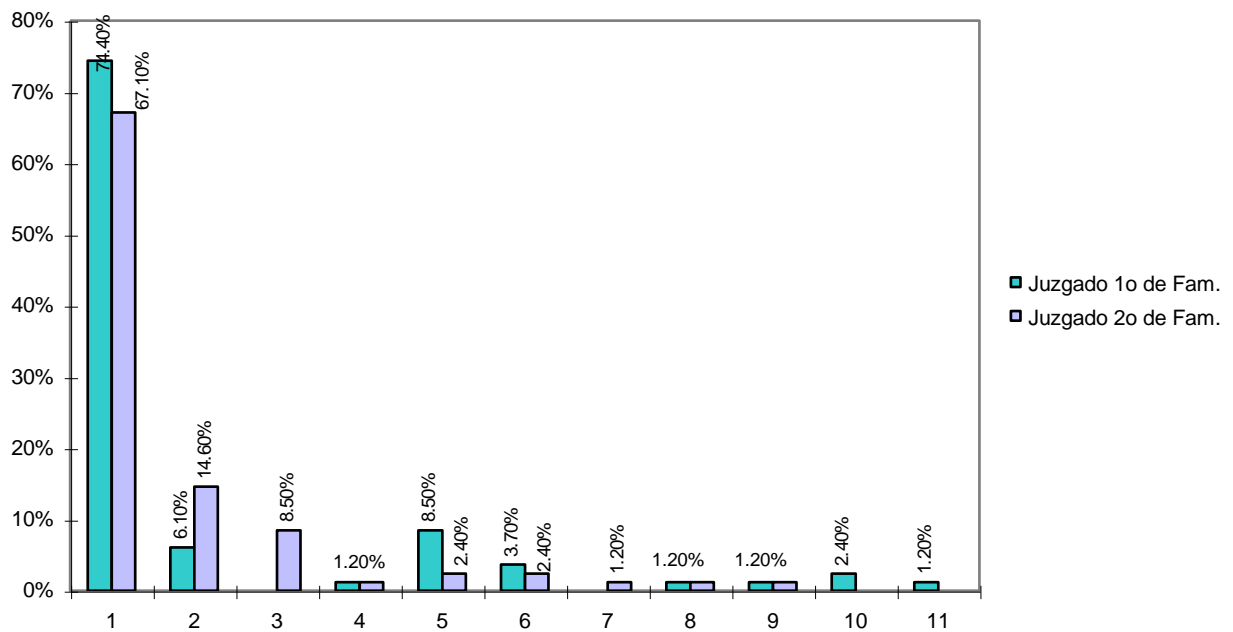
Unidades de análisis: Juzgados 1o y 2o de Familia de San Miguel. Año 2000-2001.

El objetivo es establecer la frecuencia de Producción de Incidentes en los Juzgados.

#### 6.1.2.1 Incidentes Procesales en el año 2000.

En los Juzgados 1o y 2o de Familia del Municipio de San Miguel.

Incidentes Procesales		Juzgado 1o de Familia		Juzgado 2o de Familia	
		Fa	Fr%	Fa	Fr%
1	Medidas Cautelares	61	74.4	55	67.1
2	Incompetencia	5	6.1	12	14.6
3	Justo impedimento	-	-	7	8.5
4	Conflicto de competencia	1	1.2	1	1.2
5	Acumulación de procesos	7	8.5	2	2.4
6	Nulidades procesales	3	3.7	2	2.4
7	Falsedad documental	-	-	1	1.2
8	Impedimento	1	1.2	1	1.2
9	Litisconsorcio necesario	1	1.2	1	1.2
10	Excepciones dilatorias	2	2.4	-	-
11	Recusación de especialista	1	1.2	-	-
	Total	82	100%	82	100%



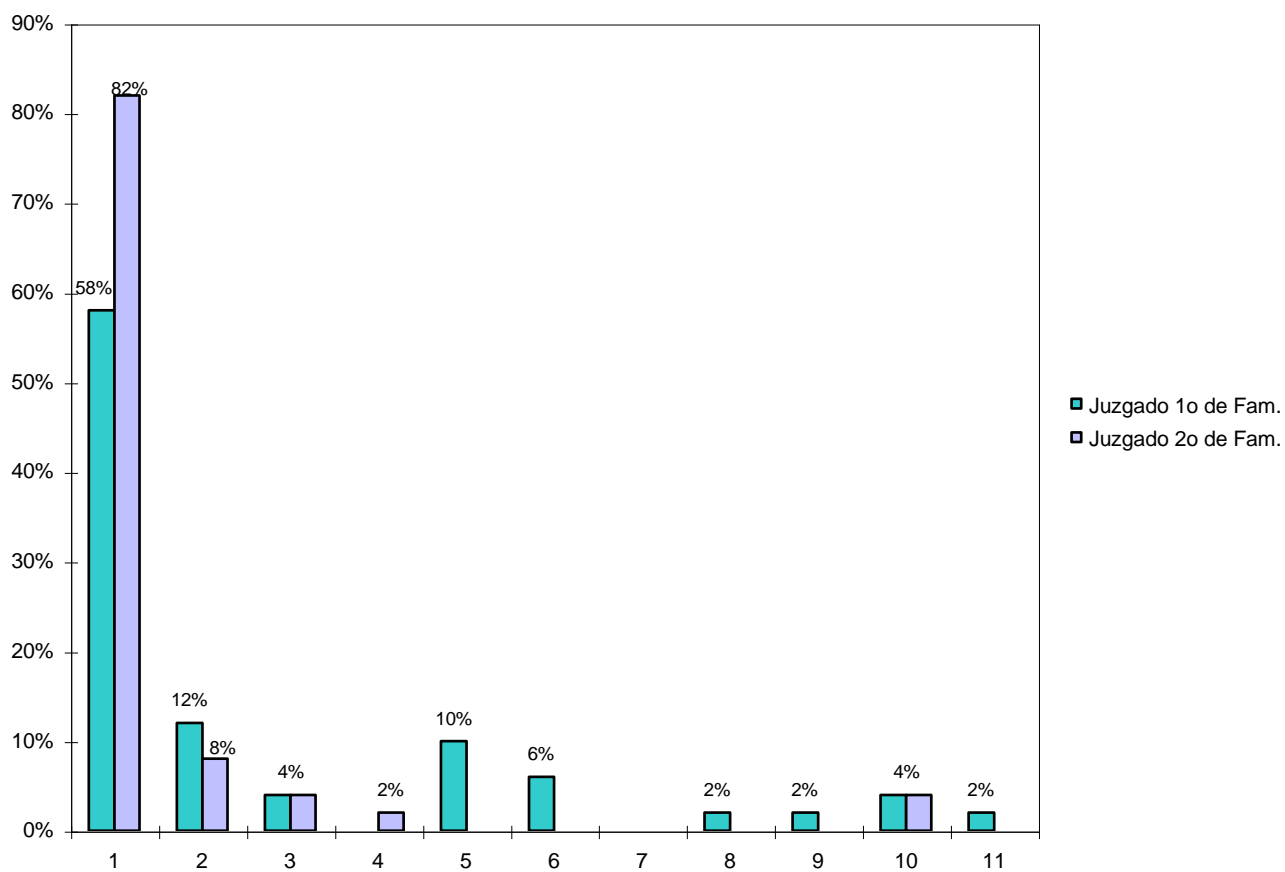
### Interpretación

En el cuadro anterior se muestran los incidentes que se produjeron en los dos Juzgados de Familia; en cuanto al incidente de medidas cautelares puede apreciarse que se produjo con más frecuencia en el Juzgado 1o de Familia ya que alcanzó el 74.4% de incidentes producidos en el año, mientras que en el Segundo de Familia comprende el 67.1% de incidentes producidos; el incidente que ocupa el segundo lugar en producirse en ambos juzgados es el de incompetencia de jurisdicción, el cual en el Primero de Familia comprende el 6.1% de incidentes producidos y en el Juzgado Segundo de Familia comprende el 14.6% de los incidentes producidos; el incidente ubicado en tercer lugar es el de Acumulación de procesos con un 8.5% en el Juzgado Primero de Familia y un 2.4% en el Juzgado Segundo de Familia. En cuanto a los demás incidentes se encuentran casi equilibrados en su producción como puede apreciarse inclusive en mejor forma en el gráfico anterior.

### 6.1.2.2 Incidentes Procesales en el año 2001

En los Juzgados 1o y 2o de Familia del Municipio de San Miguel.

Incidentes Procesales		Juzgado 1o de Familia		Juzgado 2o de Familia	
		Fa	Fr%	Fa	Fr%
1	Medidas Cautelares	29	58	41	82
2	Incompetencia	6	12	4	8
3	Justo impedimento	2	4	2	4
4	Conflicto de competencia	-	-	1	2
5	Acumulación de procesos	5	10	-	-
6	Nulidades procesales	3	6	-	-
7	Falsedad documental	-	-	-	-
8	Impedimento	1	2	-	-
9	Litisconsorcio necesario	1	2	-	-
10	Excepciones dilatorias	2	4	2	4
11	Recusación de especialista	1	2	-	-
Total		50	100%	50	100%



## **Interpretación**

En el cuadro anterior que se presenta se muestran los incidentes que se produjeron en los dos Juzgados de Familia en el año citado, en dicho período el incidente que se encuentra en primer lugar es el de Medida Cautelar ocupando un 58% en el Juzgado Primero de Familia y un 82% en el Juzgado Segundo de Familia; en segundo lugar se encuentra el incidente de incompetencia de jurisdicción ocupando un 12% en el Juzgado 1o de Familia y un 8% en el Juzgado 2o de Familia; quedando el incidente de acumulación con un 10% en el Juzgado Primero de Familia, dicho incidente no se produjo en el Juzgado Segundo de Familia; en cuanto a los demás incidentes presentan una reducción en el Juzgado Segundo de Familia, esto se puede apreciar en mejor forma en el gráfico.

### **a) Comparación de Producción de Incidentes Cuadros 6.1.2.1 y 6.1.2.2**

Comparando los cuadros citados puede decirse que en cuanto a las medidas cautelares en el Juzgado Primero de Familia presenta una disminución porcentual en cuanto a la producción de este incidente pues en el año 2000 presentó un 74.4% y en el 2001 reduce a un 58% mientras que en el Juzgado Segundo de Familia presenta un aumento porcentual en cuanto a los incidentes producidos pues en el año 2000 comprende el 67.1% de los incidentes producidos, mientras que en el 2001 comprende el 82% de los incidentes producidos; en relación al incidente de incompetencia de jurisdicción en el Juzgado Primero de Familia presentó un incremento porcentual ya que en el año 2000 se produjo en un 6.1% incrementándose en el año 2001 a un 12%; por el contrario en el Juzgado Segundo de Familia presenta una disminución, ya que en el año 2000 presentó un 14.6% reduciendo en el año 2001 a un 8%; en cuanto al incidente de acumulación de procesos en el Juzgado Primero de Familia presentó un aumento ya que en el año 2000 se produjo en un 8.5% de los incidentes producidos, mientras que en el año 2001 aumentó a un 10% de los incidentes producidos, en el Juzgado Segundo de Familia únicamente se produjo sólo a un 2.4% en el año 2000 y en el año 2001 no se dio. En cuanto a los demás incidentes se puede decir que se mantiene en similar porcentaje en el Juzgado 1o de Familia, pero en el Juzgado 2o de Familia se reduce ya que muchos de ellos no se dieron.

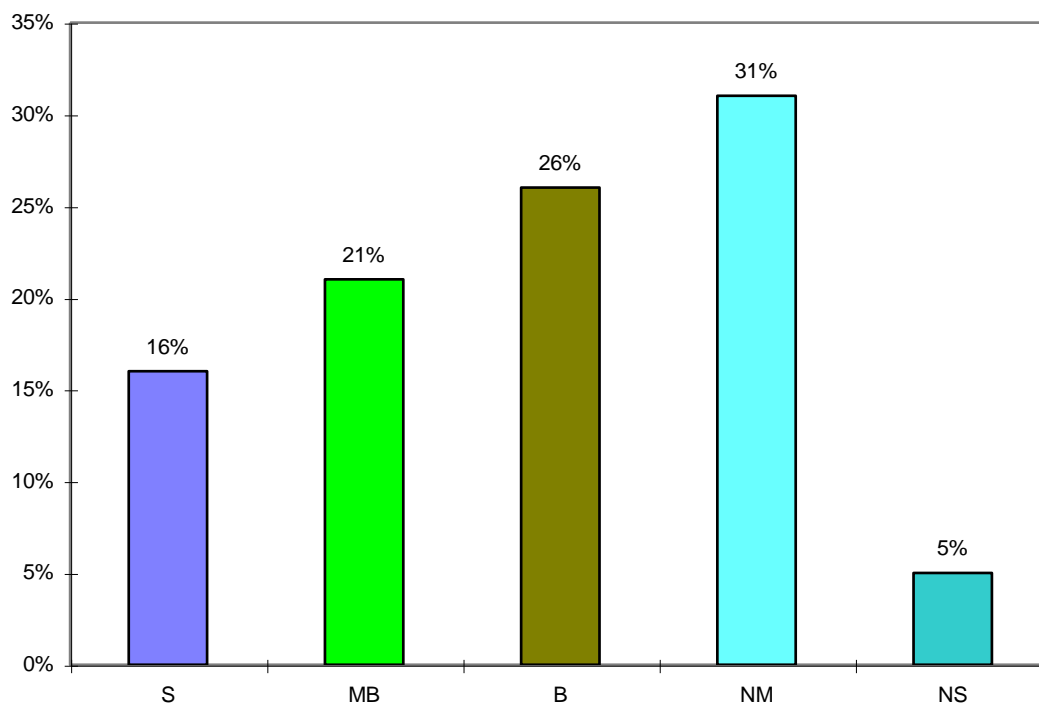
### **6.1.3 Cuadro de Resultado de Encuesta de Eficacia de los Incidentes. (Ver anexo 2)**

Unidades de Análisis: Abogados, Procuradores, Secretarios y Colaboradores Judiciales.

El objetivo es conocer la eficacia que tiene la tramitación de los Incidentes en el Proceso de Familia.

### 6.1.3.A Factor Conocimiento sobre Incidentes

Clasificación			Factor: Conocimiento sobre Incidentes Se refiere al dominio que tienen los sujetos procesales en cuanto al trámite y solución para tramitar eficazmente los incidentes.
Concepto	Fa	Fr%	
S	3	16	
MB	4	21	
B	5	26	
NM	6	31	
NS	1	5	
Total	19	100%	



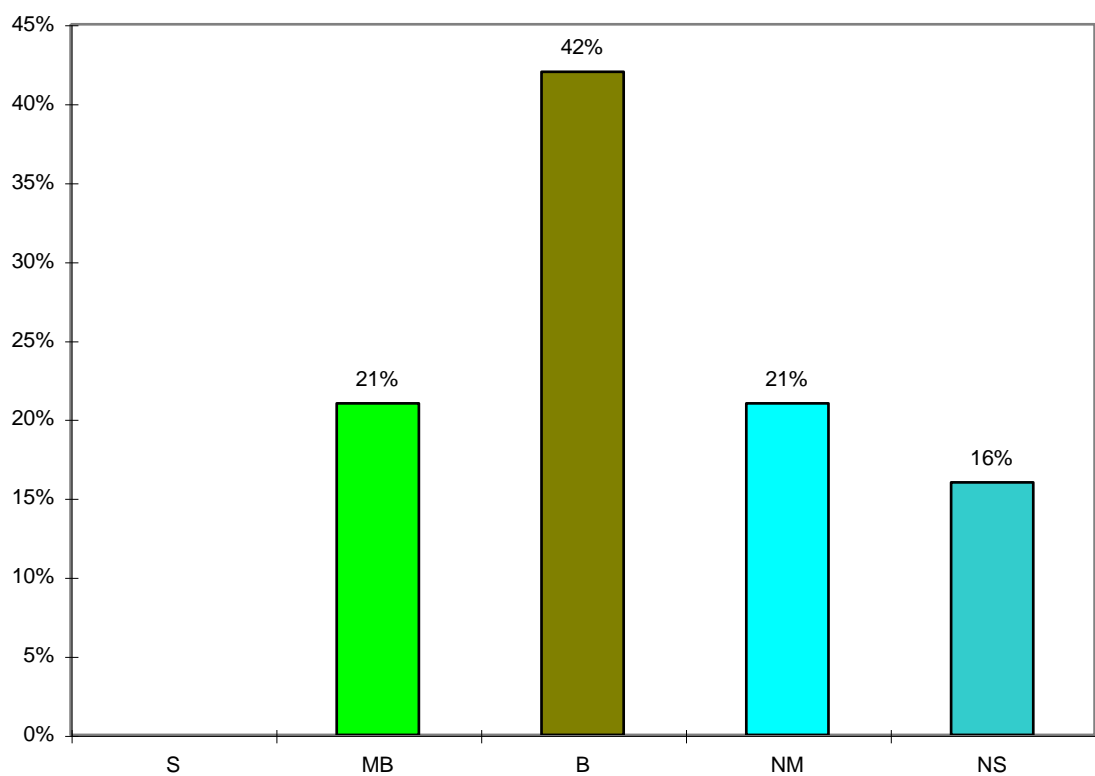
#### Interpretación

En el cuadro anterior se aprecia que la mayor calificación corresponde a NM con un 31% seguido por B con 26%.

### 6.1.3.B Factor Responsabilidad en el Trámite



Clasificación			Factor: Responsabilidad en el Trámite
Concepto	Fa	Fr%	
S	-	-	Se refiere a la fundamentación que aplica el litigante al usar los incidentes y la obtención de un resultado favorable a su petición.
MB	4	21	
B	8	42	
NM	4	21	
NS	3	16	
Total	19	100%	

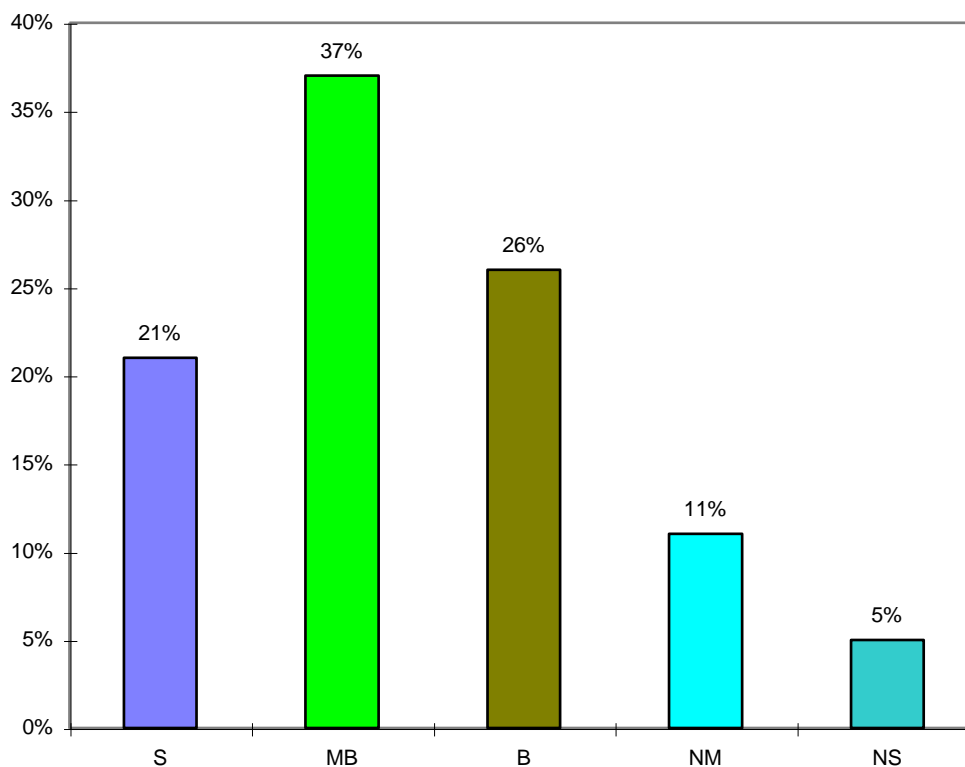


### Interpretación

En el cuadro anterior se aprecia que la clasificación mayor corresponde a B con el 42% seguido de MB y NM con el 21%. El gráfico representa la afirmación anterior.

### 6.1.3.C Factor Compromiso con la Solución

Clasificación			Factor: Compromiso con la Solución
Concepto	Fa	Fr%	Se refiere a la facilidad y seguridad con la que los jueces aplican la ley a la hora de resolver los incidentes planteados en el proceso
S	4	21	
MB	7	37	
B	5	26	
NM	2	11	
NS	1	5	
Total	19	100%	

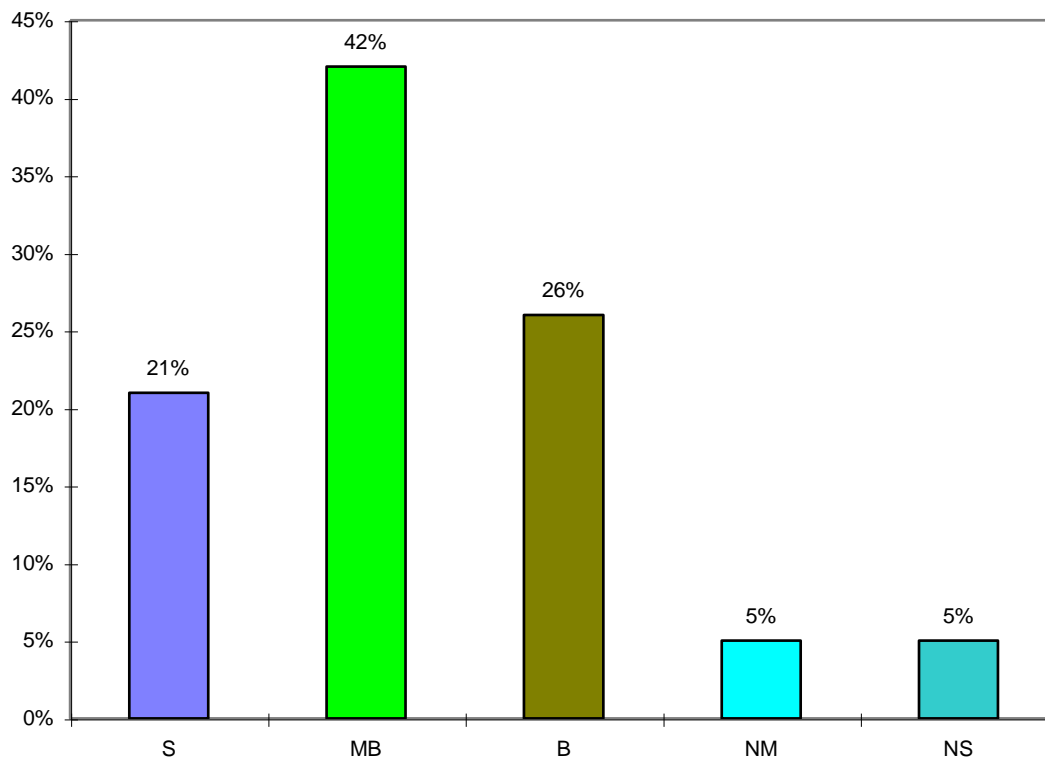


### Interpretación

En el cuadro anterior se observa que el porcentaje más alto corresponde a MB con el 37%. El resto presentan porcentajes un poco altos. El gráfico ilustra lo anterior.

### 6.1.3.D Factor Responsabilidad

Clasificación			Factor: Responsabilidad
Concepto	Fa	Fr%	
S	4	21	Consiste en la dedicación en el trámite y la solución de los incidentes así como el interés En resolver cumpliendo con los términos legales y asumiendo la solución de lo incidentes planteados.
MB	8	42	
B	5	26	
NM	1	5	
NS	1	5	
Total	19	100%	

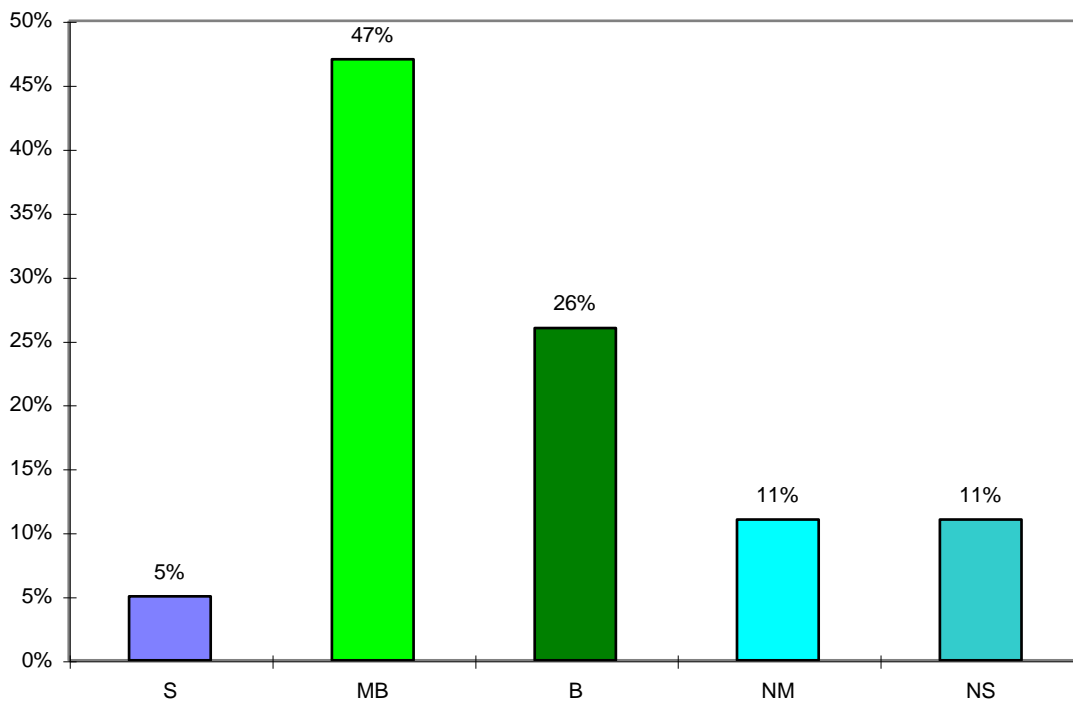


#### Interpretación

En el cuadro anterior se observa que el porcentaje mayor corresponde a MB con el 42% seguido con B con el 26% y S con el 21%. El gráfico ilustra lo anterior con respecto al factor evaluado.

### 6.1.3.E Factor Orientación a la Tarea

Clasificación			Factor: Orientación a la Tarea
Concepto	Fa	Fr%	Se refiere a que las personas vinculadas al Trámite de los Incidentes los utilizan con la Finalidad para la que se establecieron y se Resuelven en atención a la misma.
S	1	5	
MB	9	47	
B	5	26	
NM	2	11	
NS	2	11	
Total	19	100%	



#### Interpretación

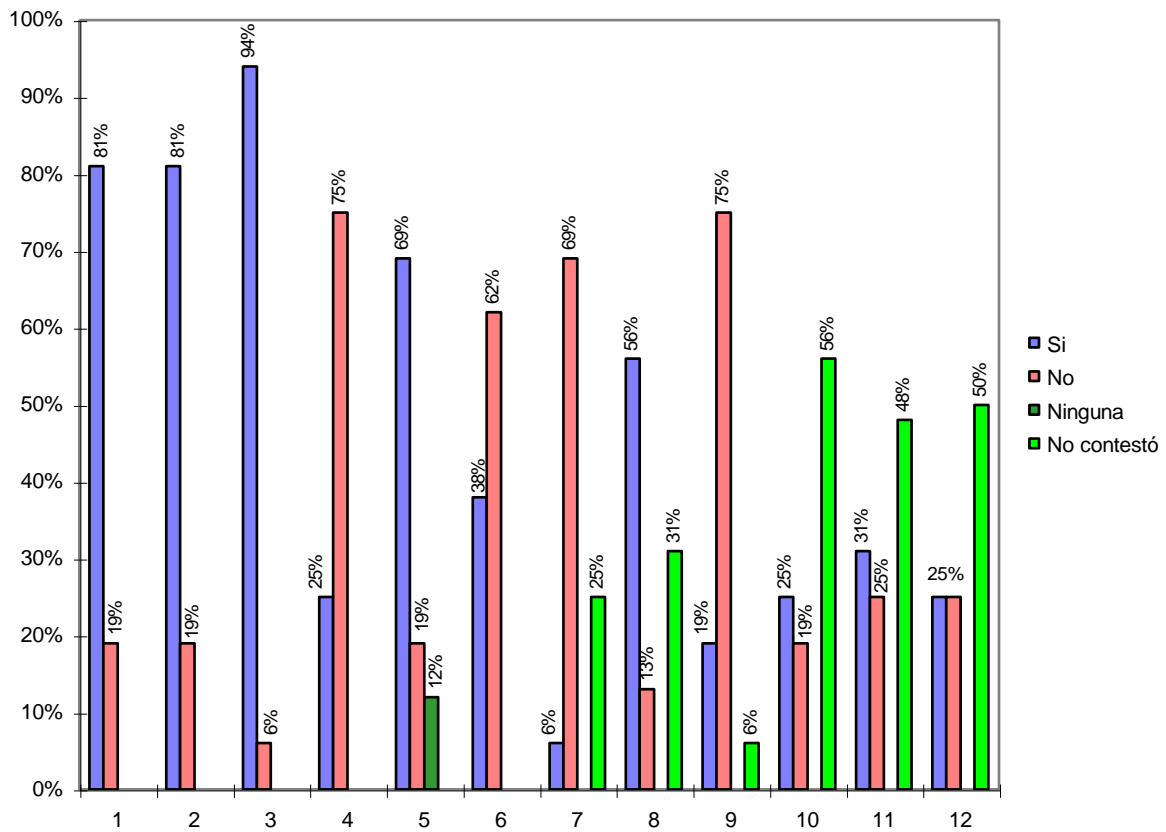
En el cuadro anterior el porcentaje más alto corresponde al MB con el 47% seguido de B con el 26%, NM y NS con el 11%, quedando en último lugar S con 5%. El gráfico anterior ilustra la interpretación realizada.

#### 6.1.4 Cuadro de Resultados de Encuesta sobre Incidentes Procesales. (Ver anexo 3)

Unidades de Análisis: Colaboradores y Procuradores de los Juzgados de Familia y bogados Particulares.

El objetivo es conocer la opinión sobre los Incidentes Procesales.

No.	Texto de la Pregunta	Si		No		Ninguna	Fr %	No contestó	Fr %	
		Fr	Fr							
1	Considera ud, que al tener mayor conocimiento sobre incidentes se mejora el trámite	13	81	3	19	-				100%
2	La ley Pr. F., debe establecer expresamente que incidentes pueden darse en los procesos.	13	81	3	19	-				100%
3	Es necesario mejorar la regulación de los Incidentes en la Ley Procesal de Familia	15	94	1	6	-				100%
4	La suspensión del Proceso para tramitar algunos incidentes permite una mayor economía procesal para una mejor aplicación de los incidentes	4	25	12	75	-				100%
5	Es conveniente que la nulidad suspenda el proceso	11	69	3	19	2	12			100%
6	Los incidentes en la práctica son aplicados de la misma forma que dispone la ley	6	38	10	62	-				100%
7	Considera usted que se hace buen uso de los incidentes en el proceso de familia	1	6	11	69	-		4	25	100%
8	Es mejor opción concederle al Juez la facultad discrecional para determinar si suspende o no el proceso	9	56	2	13	-		5	31	100%
9	Considera usted que existe unificación de criterios en cuanto al trámite y resolución de los incidentes.	3	19	12	75	-		1	6	100%
10	Ha promovido ud. Incidentes en el Proceso de Familia	4	25	3	19	-		9	56	100%
11	Considera que los Jueces de familia resuelven con apego a derecho los incidentes propuestos.	5	31	4	25	-		7	48	100%
12	Considera ud. una mejor opción concederle al Juez la facultad discrecional para determinar si suspende o no el proceso según la	4	25	4	25	-		8	50	100%



### Interpretación

En el cuadro anterior se presentan las respuestas obtenidas de la encuesta sobre incidentes procesales, la cual fue contestada por Colaboradores Judiciales, Procuradores de Familia y Abogados, haciendo un total de 16 encuestados, de la cual se obtuvieron los siguientes resultados.

1- En relación a la pregunta No. 1 el 81% respondió que si y el 19% respondió que no, en el gráfico puede apreciarse la diferencia que existe en ambas respuestas predominio la respuesta afirmativa.

2- En la pregunta No. 2 el 81% respondió que si, el 19% respondió que no; en el gráfico se puede ver que predomina el si.

- 3- Con respecto a la pregunta No. 3 el 94% respondió que si y el 6% respondió que no, en el gráfico puede verse que existe una supremacía de los que respondieron que si con los que respondieron que no.
- 4- En la pregunta No. 4 el 25% respondió que si y el 75% respondió que no, en el gráfico puede verse que predomina la respuesta negativa ante la afirmativa .
- 5- Con respecto a la pregunta No. 5 el 69% respondió que si y el 19% que no, y un 12% dijo que ninguna de las opciones propuestas; en el gráfico, puede apreciarse que predominan los que respondieron que si con 69% en la escala sobre el no con sólo 19% en la escala quedando en una escala inferior la opción ninguna que sólo obtuvo un 12%.
- 6- En relación a la pregunta No. 6 el 38% respondió que si y el 62% respondió que no; en la gráfica puede apreciarse que predomina el no sobre el si.
- 7- En la pregunta No. 7, el 6% respondió que si, el 69% dijo que no, el 25% se abstuvo de responder; en el gráfico se observa que predomina la respuesta negativa frente a las otras.
- 8- En la pregunta No. 8 los que respondieron afirmativamente son el 56%, los que respondieron que no 13% y no contestaron el 31%, al observar el gráfico se determina que predomina los que respondieron afirmativamente.
- 9- En la pregunta No. 9 el 19% respondió que si, el 75% respondió que no, mientras que el 6% no respondió; en el gráfico se puede observar que predomina los que respondieron que no.
- 10- En relación a la pregunta No. 10 el 25% dice que si, el 19% dice que no y el 56% no contestó. En el gráfico se observa que predominó la abstención a contestar frente a la respuesta si y a la respuesta no.
- 11- En la pregunta No. 11, 31% respondió que si, 25% dice que no y el 48% no contestó. En el gráfico se puede apreciar que predomina la abstención a contestar y en segundo lugar la respuesta afirmativa.
- 12- La pregunta No. 12 muestra que un 25% respondió que si y que también un 25% respondió que no, mientras que el 50% no contesta. En el gráfico se observa que la abstención a contestar predomina.

#### **6.1.5 Cuadro de Cierre de Entrevista no Estructurada. (Ver anexo 4)**

Unidades de Análisis: Magistrados y Secretarios de Cámara de Familia, Jueces y Procuradores de los Juzgados de Familia y Abogados Particulares.

El objetivo es obtener la opinión en cuanto al tema de los Incidentes y su trámite.

<b>Código</b>	<b>Temas Fundamentales</b>	<b>Fa</b>	<b>Fr%</b>
01	Con un mejor conocimiento sobre Incidentes Procesales se beneficiaría el trámite y a las partes interesadas	7	0.04
02	Los incidentes que pueden darse en el Proceso de Familia no sólo son los que menciona el Art. 58, sino que hay más diseminados en toda la ley	4	0.02
03	Existen vacíos legales en la regulación de los incidentes debido a que la ley Procesal de Familia no dice nada y se aplican Arts. del Pr.C., que crean confusión en cuanto a lo que quiso dar a entender el legislador. Como ejemplo el Art. 70 inc. 2o PrF.	5	0.03
04	Los Incidentes si cumplen con la finalidad para la cual están regulado en el Proceso de Familia	8	0.05
05	El litisconsorcio necesario si puede tenerse como incidente porque es accesorio con lo principal y no se sabe cuántas personas van a ser afectadas por la sentencia	5	0.03
06	La nulidad procesal debe dejarse al Juez para que decida si suspende o no el Proceso dependiendo de la nulidad propuesta.	2	0.01
07	En casi todos los incidentes hay dificultad. Especialmente en la Recusación, el Conflicto, las Nulidades, las Excepciones y el Justo Impedimento.	5	0.03
08	El Juez si puede de oficio iniciar el incidente de Falsedad Documental porque se está ante un delito y el juez está facultado para ello	7	0.04
09	El trámite que se le debería dar a la Acumulación de Oficio es el mismo trámite que la ley establece para la acumulación de parte.	6	0.04
10	Los incidentes que se promueven con mayor frecuencia son: Conflicto, Incompetencia, Impedimento, Recusación, Acumulación, Excepciones, Nulidad y Cambio de Testigos.	6	0.04
11	El trámite que se le debe dar a la Acumulación de Oficio es notificar a las partes el auto que la ordena para que se pronuncien.	2	0.01
12	En la nulidad procesal no se aplican todas las reglas del PrC., solamente las que se apegan a la legislación de familia	2	0.01
13	Si pueden aplicarse las causales de recusación del PrC y otras diferentes que tengan un motivo serio y razonable	4	0.02
<b>Código</b>	<b>Temas Fundamentales</b>	<b>Fa</b>	<b>Fr%</b>
14	Debe mencionarse causas de recusación en la Ley PrF porque actualmente es dependiente de las causas de	4	0.02



	recusación del proceso común.		
15	El trámite que se le da a la prueba anticipada es presentar una solicitud pidiéndola y justificando el impedimento para no recibirse en la etapa que corresponde. El trámite general de incidente.	3	0.02
16	La solicitud de cambio de testigos si puede tener trámite incidental en la práctica ya que se le manda oír opinión a la parte contraria.	3	0.02
17	Las multas no son incidentes porque son sanciones por las irregularidades que cometen los Abogados y las partes y además no afectan el proceso.	4	2
18	El levantamiento de medida cautelar es un incidente general	2	1
19	Las medidas cautelares si pueden considerarse como incidentes	4	2
	Sub – Total	83	48
	Otros	88	51
	Total	171	

### Temas Fundamentales con mayor porcentaje

<b>Código</b>	<b>Temas Fundamentales</b>	<b>Fa</b>	<b>Fr%</b>
04	Los Incidentes si cumplen con la finalidad para la cual están regulados en el Proceso de Familia.	8	0.05
01	Conocimiento sobre Incidentes Procesales y el beneficio que da al trámite y a las partes interesadas.	7	0.04
08	El Juez puede de oficio iniciar el incidente de Falsedad Documental porque está facultado.	7	0.04
09	El trámite de la Acumulación de Oficio es el mismo para la Acumulación de parte.	6	0.04
10	Los Incidentes más frecuentes son: Conflicto, Incompetencia, Impedimento, Recusación, Acumulación, Excepciones, Nulidad y Cambio de Testigos.	6	0.04

### Interpretación de guía de entrevista

El instrumento Guía de Entrevista sobre los Incidentes Procesales se ha estructurado tomando en cuenta el tema fundamental que responde a cada pregunta de la entrevista.

Dicha entrevista se realizó a una muestra de 9 personas que son: Magistrado y Secretario de Cámara de Familia, Jueces de los Juzgados de Familia y Procuradores Adscritos a éstos y Abogados particulares con el objeto de obtener la opinión en cuanto al tema en estudio. En ella se ha seleccionado los temas fundamentales que tienen mayor porcentaje.

### **Interpretación de temas fundamentales**

El primer tema fundamental se refiere a la finalidad de los Incidentes la cual a criterio de ocho de los nueve entrevistados, si se cumple con ella.

El siguiente tema fundamental es sobre el conocimiento y el beneficio de los incidentes, que fue respondido acertadamente por siete de los entrevistados.

A continuación aparece el tema fundamental acerca de la facultad del Juez de iniciar de Oficio el incidente de falsedad documental que fue respondido por siete de los entrevistados.

Posteriormente en el tema fundamental de la acumulación de oficio, seis de los entrevistados coinciden con el tema.

El quinto tema fundamental que se refiere a los incidentes más frecuentes, fue respondido coincidiendo con el tema seis de los entrevistados.

## **6.2 ANÁLISIS DE RESULTADOS**

Es necesario e importante desarrollar este apartado, porque en toda investigación debe hacerse una comparación entre la teoría y la práctica, pues los resultados que se produzcan serían falsos si no se hiciera dicha comparación, ya que todo fenómeno responde a determinadas circunstancias que se encuentran delimitadas en tiempo y espacio.

Esta realidad incluye a los incidentes procesales y para realizar una comparación, es necesario la aplicación de la metodología al contexto temporal y espacial que se investiga, esta puede hacerse a partir de la aplicación de los instrumentos que se ocuparon en la investigación dentro de los cuales se encuentran las encuestas y entrevistas dirigidas a los

sectores profesionales del Derecho, relacionados directamente con el fenómeno investigado. Comprendido dentro de este, a los Magistrados y Secretario de Cámara, Jueces, Secretarios y Colaboradores Judiciales de los Juzgados de Familia y Abogados particulares.

Para tal análisis es necesario retomar la problemática planteada, las hipótesis y los objetivos señalados para efecto de verificar su constatación.

### **6.2.1 Referencia Problemática y Cumplimiento**

El primer problema que se señaló es la falta de claridad con que fueron redactados los artículos que se refieren a los incidentes, esta se constató mediante el estudio de la Ley Procesal de Familia a través de la cual se encontró que los artículos 65 Pr F de la inhibitoria de competencia, 70 inc. 2o Pr F., que habla del impedimento, presentan dificultad en su aplicación, lo cual además pudo verificarse mediante encuestas y entrevistas.

En la encuesta de los incidentes el 94% contestó que era necesario mejorar la regulación de los incidentes y sólo un 6% manifestó que estaban bien regulados y que no había problema en la regulación de los incidentes (Ver cuadro 6.1.4).

Mediante la entrevista, cinco de las nueve personas entrevistadas manifestaron que existían vacíos legales y una confusión en su aplicación, puntualizando el caso del artículo 70 inc. 2o antes citado, expresando que la redacción del artículo, no permite interpretar correctamente cual es el trámite a aplicar en dicho incidente.

También en el análisis jurídico se encontró dificultad debido a que no existe claridad en el caso de la acumulación de procesos, cuando procede de oficio y además el caso de la tercería que no fue regulada.

Algo importante es que muchos de los vacíos pueden suplirse mediante la aplicación del Código de Procedimientos Civiles en base a lo dispuesto en el Art. 218 Pr F. no obstante la dificultad se presenta principalmente en los tres casos arriba mencionados, excluyendo la tercería pues para esta puede aplicarse supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles.

En relación a la problemática de la falta de especificación de los incidentes que tienen aplicación en el proceso de familia, es de hacer notar que no existe una regulación taxativa de éstos. En las entrevistas se vertieron algunas opiniones al respecto, manifestando que la Ley Procesal de Familia, se remite al derecho común en lo que no está regulado en la misma; el código de procedimientos civiles regula muchos de los incidentes que pueden darse en los procesos de familia. Pero existen algunos incidentes que sólo son aplicables al proceso civil y no en el proceso de familia; por estar sustentados sobre principios diferentes.

Además en la encuesta al referirse al hecho que la ley procesal de familia debe establecer expresamente que incidentes pueden darse en los procesos de familia, el 81% respondió que debe establecerse que tipo de incidentes pueden darse y sólo el 19% dijo que no, al preguntarle sobre esto.

También se planteó el problema que es la no suspensión del proceso para algunos incidentes que deberían suspenderlo. Con respecto a esto, un 25% respondió que si debe suspenderse el proceso y un 75% dijo que no por el principio de celeridad procesal ya que los incidentes han sido dispuestos por la ley procesal de familia, de tal manera que no suspendan el proceso salvo algunas excepciones; sin embargo, cuando se preguntó en la encuesta acerca de paralizar el proceso en el caso del incidente de nulidad procesal un 69% dijo que si y un 19% respondió que no y un 12% respondió que ninguna de las dos opciones anteriores. (Ver cuadro 6.1.4), esto estaría en contradicción y para una mayor comprensión se abordará al analizar la hipótesis que se refiere a esto.

La problemática de falta de unificación de criterios por parte de los Juzgadores en relación al trámite y resolución que se manifiesta al resolver cada juzgado de manera diferente al presentarse un incidente. Esta se comprobó a través de la encuesta en donde el 19% considera que si existe unificación de criterios para el trámite y resolución, mientras que el 75% respondió que no y un 6% se abstuvo de responder (Ver cuadro 6.1.4).

También se constató esta problemática mediante la revisión de expedientes, notándose que los Juzgados de Familia tienen criterios distintos ya que en uno de ellos no le dan trámite de incidentes a la nulidad procesal y a la solicitud de cambio de testigo; mientras que en el otro juzgado si lo hacen. Esta situación se deja ver en el ejemplo dado para el tema de la nulidad procesal (supra).

Otro parámetro en este problema es el hecho que se solicitan incidentes por las partes y el juez no los considera como tal (ver anexo 6).

El problema uso inadecuado de los incidentes de parte de los Abogados que intervienen en los Juicios. Se constató mediante encuesta en la cual un 6% expresa que las partes si hacen un buen uso, por otro lado 69% dijo que no y el 25% prefirió no contestar. También en las entrevistas algunos expresaron que las partes no usaban los incidentes por desconocerlos. Esto se constató en los expedientes en donde se encontró un caso, en el que por desconocer el momento de alegación se propuso en forma extemporánea tal y como se aparece en el apartado de rechazo in limine (Supra).

### **6.2.2 Demostración de Hipótesis y Verificación**

La primera hipótesis: “A mayor conocimiento sobre los incidentes mayor eficacia en su tramitación”.

Para constatar esta hipótesis se pasó la encuesta de eficacia con el objetivo de conocer la eficacia que tiene la tramitación de los incidentes en los procesos de familia, en cuanto a esto la primera interrogante que se hizo en la encuesta fue respecto al dominio que se tienen acerca del conocimiento de los incidentes y así tramitar éstos en forma eficaz, un 31% respondió que se necesitaba mejorar el conocimiento para tramitar mejor los incidentes, dicho porcentaje fue el más alto que se obtuvo (ver cuadro 6.1.3.A)

El segundo factor evaluado en el que se preguntaba que si las partes fundamentaban los incidentes para obtener un resultado apegado a derecho en su resolución, el 42% dijo que era buena la fundamentación de los incidentes y un 21% dijo que era muy buena (ver cuadro 6.1.3.B).

En el tercer factor facilidad y seguridad para resolver los incidentes, el porcentaje más alto que se obtuvo fue de un 37% que implica un parámetro MB (Ver cuadro 6.1.3.C).

Al referirse al factor responsabilidad que consiste en la dedicación para resolver los incidentes, también el porcentaje más alto lo obtuvo el parámetro MB con un 42% (Ver cuadro 6.1.3.D).

Por último, el factor orientación a la tarea, que hace referencia a las personas que los proponen con la finalidad para la que fueron establecidos, se obtuvo que el 47% en la escala MB manifestaba que efectivamente los incidentes eran utilizados y resueltos con la finalidad para la que fueron creados.

Haciendo un análisis de lo anterior, es curioso observar, que en la encuesta de eficacia en el factor conocimiento los encuestados expresaron que no existe un conocimiento sobre los incidentes; pero en los restantes factores que hablan de interposición, trámite y resolución en la que participan los Abogados y Jueces manifiestan los encuestados, que si hay una eficacia en la tramitación.

En cuanto a esto cabe hacerse la interrogante: ¿Es posible tramitar correctamente algo que se desconoce?

La respuesta lógica es que no, porque es indispensable tener un buen conocimiento sobre el tema para efecto de aplicarlo correctamente. Así en las entrevistas que se hicieron a los entrevistados afirmaron que, si se tenía mejor conocimiento sobre los incidentes se haría buen uso de ellos. Además los encuestados expresaron que algunos litigantes no utilizan los incidentes porque desconocen como aplicarlos en caso de ser necesarios (Ver cuadro 6.1.5).

Con lo anterior se establece que se ha constatado que la hipótesis propuesta es aceptada.

La segunda hipótesis: “A mejor regulación de los incidentes mejor aplicación de ellos”.

Se constató mediante la encuesta y la entrevista. En la encuesta el 94% respondió que si es necesario mejorar la regulación de los incidentes para una mejor aplicación de éstos y únicamente el 6% expresó que no.

En la entrevista las personas manifestaron que existían vacíos en los incidentes y además de esto cierta confusión.

Por lo tanto, puede afirmarse que la hipótesis planteada ha sido comprobada y aceptada ya que inclusive en el análisis jurídico que se realizó de los incidentes se han señalado cuestiones incomprensibles e incompletas en el contenido de la Ley Procesal de Familia como es el caso de los Arts. 70 inc. 2o, 65 y 66 Pr F.

La tercera hipótesis que se planteó: “La suspensión del proceso en el trámite de ciertos incidentes permite una mayor economía procesal”.

Esta hipótesis se constató por medio de encuestas y entrevistas con respecto a ello el 25% de los encuestados respondió que si y el 75% dijo que no.

La razón de esto es que el proceso de familia está sustentado por un principio rector que es el de celeridad procesal y por lo tanto pretende evitarse toda dilación en el proceso. Sin embargo, cuando se preguntó sobre el incidente de nulidad procesal, el cual tiene el efecto de que al admitirse la nulidad, se debe regresar a reponer los actos inválidos según se ha estudiado en el análisis jurídico de dicho tema (Supra).

Con respecto a esto y debido al efecto que éste tiene la mayoría opinó en la encuesta que debería suspender el proceso. Opinión que fue sustentada por el 69%, mientras que un 19% dijo que no y respondiendo un 12% que ninguna de las dos anteriores. En base a esto se incorporó una alternativa en la encuesta, la cual consistía en proponer concederle al Juez de familia la facultad discrecional para suspender o no el proceso, dependiendo de la naturaleza de la nulidad procesal alegada.

En cuanto a ésta opción un 25% dijo que si, otro 25% dijo que no y un 50% prefirió abstenerse de contestar. Con respecto a este tópico al tratar las nulidades en el análisis jurídico se destinó un apartado especial para abordar el tema de la suspensión o no del proceso en caso de dicho incidente.

En el apartado se expresó de que debido a los principios procesales de economía y celeridad procesal era más viable concederle al Juez la facultad discrecional de suspender o no el proceso como ya antes se ha dicho.

Por lo tanto, se puede decir que la hipótesis propuesta no es verdadera en un cien por ciento, ya que en los procesos de familia los incidentes están regulados en atención al principio de celeridad procesal, pero existe en este caso una excepción la cual es el incidente de nulidad antes expresado, en atención al principio de economía procesal se dice que la suspensión del proceso podría darse en la forma antes señalada. Por lo que dicha hipótesis no es aceptada en su totalidad pero existe la excepción en el caso del incidente de nulidad.

### **6.2.3 Logro de Objetivos**

El objetivo “Identificar si el trámite de los incidentes es aplicado como lo establece la ley” se logró a través de la revisión de expedientes.

En cuanto a esto los incidentes del Art. 58, es decir los incidentes especiales fueron el centro de atención porque ya tienen un trámite específico señalado por la ley.

Respecto a ello gran parte de los incidentes cumple el trámite señalado por la ley pero en el caso del conflicto de competencia establecido en el Art. 63 Pr F., se incumple con el trámite porque la CSJ según la ley debe resolver el incidente en ocho días posteriores a recibir el expediente, pero en la práctica se decide sobre él en un lapso de tiempo de 4 a 6 meses y después de resuelto tarda un tiempo en remitirlo que puede ser un mes o más. Esta circunstancia se puede apreciar en el cuadro 6.1.1.



En relación a los incidentes generales, se tiene el problema práctico en uno de los juzgados de familia principalmente ya que cuando se proponen incidentes que tienen el trámite señalado en los Arts. 58, 60, 61 y 62 Pr F, éstos son resueltos sin este trámite.

Esta situación se aprecia en el ejemplo que se cita de nulidad, al hacer el análisis jurídico de este tema. Continuando con este tópico se puede decir que otro incidente que se le da igual aplicación de no darle trámite en dicho Juzgado es el Justo Impedimento.

El siguiente objetivo “Determinar el trámite que debe dársele a los incidentes que no tienen trámite señalado por la ley Procesal de Familia”. Este objetivo se alcanzó mediante entrevista, identificando el trámite que se le da a la acumulación cuando procede de oficio el cual en la práctica se hace sin consultar a la parte sea que el proceso se encuentre en el mismo juzgado o en otro. Algunos de los entrevistados expresaron que el trámite que debería aplicarse es hacer un auto y mandar a oír a la parte contraria.

En cuanto a los demás incidentes como son: Oposición a recepción de prueba anticipada, solicitud de cambio de testigo y levantamiento de medida cautelar expresaron los entrevistados (ver cuadro 6.1.5) que se le aplica el trámite general, señalado por los Arts. 59-62 Pr F. Esto de acuerdo al Art. 57 Pr F, el cual señala trámite general para los incidentes que no tienen uno específico.

El objetivo “Establecer si hay otros incidentes que deberían suspender el proceso además de los ya señalados por la ley”. Este se logró estableciéndose que no debería hacerse esa suspensión tal como se explica en la hipótesis que habla de la nulidad procesal y su relación con los principios de celeridad y economía procesal.

El objetivo “Identificar que artículos de los que tratan sobre los incidentes necesitan reformas y cómo deben reformarse”. Se alcanzó mediante estudio de la ley señalándose los Arts. 70 inc. 2o, 73 inc. 2o, 65 y 58 inc. 2o Pr F.

En cuanto al objetivo “Identificar cuáles incidentes tienen aplicación en el proceso de familia y cual es su trámite”. Este se alcanzó mediante el análisis de todos los instrumentos y el análisis jurídico principalmente.

El siguiente objetivo “Establecer la frecuencia de producción de los incidentes en los procesos de familia”, este se logró a través de la revisión de expedientes, estableciendo que el incidente más frecuente es el de medidas cautelares en ambos juzgados, los cuales presentan para el año 2000, en el juzgado 1o de Familia 74.4% y en el Juzgado 2o de Familia 67.1%. En el año 2001 el promedio de medidas cautelares en el Juzgado 1o de Familia fue de 58% y en el Juzgado Segundo de Familia de 82%. Los demás incidentes se mantienen en un porcentaje similar en los dos años. Y así puede observarse en el cuadro 6.1.2.1 que presenta los incidentes más frecuentes.

El objetivo “Establecer si la forma en que están regulados los incidentes en el proceso de familia necesita reformas”, se alcanzó por medio del análisis de la ley y las entrevistas (Ver cuadro 6.1.5).

#### **6.2.4 Síntesis Capitular**

Después de analizar los resultados obtenidos mediante los instrumentos utilizados, se puede decir que se ha demostrado, que existe falta de conocimiento en relación al tema de los incidentes en cuanto a su trámite y forma de utilización.

Debido a este motivo en la práctica se da una aplicación incorrecta de los incidentes por parte de los Abogados y Jueces, ya que son propuestos inadecuadamente y se les aplica un trámite incorrecto.

Lo anterior se confirma con la entrevista (ver cuadro 6.1.5) que señala que el 48% de los entrevistados coincidió con los temas fundamentales y el 51% se aleja de los temas.

Al desconocimiento se suman los defectos y vacíos legales en el contenido de la ley Procesal de Familia, lo cual se ha dejado, ver por medio del análisis jurídico, la encuesta y la entrevista.

Otro punto importante de señalar es que, aparte de los incidentes que suspenden el proceso establecido en el Art. 58 Pr F. existe otro incidente que debería suspender el proceso, el cual es el incidente de nulidad procesal, pero bajo la modalidad enunciada, es decir que el juez decida acerca si suspende o no el proceso según la nulidad propuesta.

**CAPITULO VII**  
**CONCLUSIONES Y**  
**RECOMENDACIONES**

## **CAPITULO VII**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Una vez realizado el análisis del tema de los incidentes en los procesos de familia, el cual se realizó bajo la óptica de considerar a los incidentes como cuestiones accesorias que tienen relación directa o indirecta con lo principal del juicio y que necesitan ser resueltos con previo y especial pronunciamiento.

A partir de esto pueden exponerse las siguientes conclusiones a las que se han llegado, así como también las sugerencias que se pueden aportar a la regulación de los incidentes para efecto de lograr que sean utilizados en forma apropiada y que se les dé, el trámite señalado por la ley.

#### **7.1 CONCLUSIONES**

7.1.1 –El proceso de familia se caracteriza por ser breve y dentro de este es frecuente que surjan cuestiones accesorias que tienen vinculación con la cuestión principal del juicio, llegando a afectarlo de algún modo, y por consiguiente necesitan una solución previa; a estas cuestiones se les conoce como incidentes procesales.

Estos incidentes procesales en la ley procesal de familia han sido regulados de forma tal que no afecten el principio de celeridad procesal, es decir, que la regla general es que los incidentes no suspenden el proceso, pero excepcionalmente en los casos previstos por la ley, estos interrumpen la prosecución del proceso para efecto de poder decidir sobre los mismos.

7.1.2 –Los incidentes constituyen una institución procesal fundamental en los procesos de familia porque la finalidad de estos es desembarazar, clarificar, agilizar, y sanear los procesos de familia.

7.1.3 –Es difícil señalar con precisión cuales son todos los incidentes que pueden darse en los procesos de familia, ya que la ley ha señalado un trámite general, y no expresa que

incidentes pueden darse en éstos, es decir permite que cualquier cuestión que reúna los requisitos y características de los incidentes pueda ser decidido por dicho trámite y por tal motivo resulta imposible exponer con certeza cuáles son todos los que pueden producirse. Pues como bien expresa Hugo Alsina, “que señalar todas las cuestiones accesorias que pueden surgir en el curso del proceso es imposible pues estas dependen de la naturaleza y clase del proceso que sé este tramitando.” Así pues debido que cada proceso es único y será en éste en el que se establecerá que incidentes puedan producirse en dicho proceso.

Es importante señalar que en la presente investigación, se han determinado los incidentes que principalmente se podrían producir en los procesos; aunque se puede afirmar que podrían haber algunos incidentes, que no se han tratado en la investigación en razón de la amplitud del tema.

También es importante destacar que respecto al tema de los incidentes, en la investigación de campo, principalmente en las entrevistas algunos opinaron, que debería señalarse en forma taxativa los incidentes que pueden darse.

Pero es necesario poner de manifiesto que la taxatividad no es muy conveniente, por que ata al juez de manera que no permite que se salga de los lineamientos prescritos por la ley, situación que sería lesiva para la institución de los incidentes en virtud de que podrían surgir situaciones que requieran el trámite de los incidentes y no se encuentren reguladas expresamente en la ley procesal de familia; y por tal motivo el juez no pueda emplear el trámite incidental para decidirlo, provocando con ello que el proceso se vea afectado ya que las cuestiones accesorias se tendrían que llevar hasta el final del proceso lo cual puede afectar al mismo de alguna manera.

7.1.4 –La investigación de campo permitió determinar, que existe la problemática de falta de conocimiento con respecto al tema de los incidentes, y por tal situación son aplicados en forma incorrecta o indebida.

Así mismo que existen vacíos legales en cuanto a la regulación de los incidentes en la ley procesal de familia, pero que parte de los vacíos son suplidos mediante la aplicación

supletoria de las disposiciones del derecho común, pues así lo dispuso la citada ley en su Art. 218 Pr. F.

7.1.5 –En la práctica los incidentes que se presentan en los procesos son pocos, con relación a los incidentes que podrían plantearse como se puede apreciar en el capítulo de análisis jurídico de los incidentes.

Como se ha mencionado casi no se proponen incidentes y los que son propuestos en su mayoría son resueltos sin dar trámite alguno, es decir que una vez planteado el incidente el juez emite la resolución sin mandar a oír a la parte contraria, y otros que son tramitados podría decirse que en su mayoría, de oficio como es el caso de la incompetencia de jurisdicción y la acumulación de procesos.

Por lo tanto puede decirse, que el número de incidentes que se dan en los procesos de familia es reducido, salvo excepción como lo es el del incidente de medidas cautelares que si es bastante empleado en la práctica.

7.1.6 –Que el término excepciones dilatorias empleado en el artículo 50 Pr. F., para las excepciones que sirven para reclamar la subsanación de defectos procesales, es incorrecto pues en el proceso de familia no retarda en ninguna manera la sustanciación del proceso ya que son decididas, en la audiencia preliminar, es decir el proceso continúa hasta llegar a una etapa procesal prescrita por la ley en la que se decide sobre las mismas.

7.1.7 –En el caso de la nulidad procesal se considera la modalidad de concederle al juez la facultad discrecional para suspender o no el proceso según sea la naturaleza de la nulidad alegada, puede ser una solución atinada y conveniente en la sustanciación de la misma, ya que si se suspende el proceso, y esta no prospera se afecta el principio de celeridad procesal, más si por el contrario no se suspende el proceso y prospera la nulidad afecta el principio de economía procesal y por tal razón se señala como conveniente la modalidad enunciada.

## **7.2 RECOMENDACIONES**

7.2.1 –Que el presente trabajo de investigación sea empleado para adquirir un conocimiento que permita hacer buen uso de los incidentes, a efecto de obtener justicia y no, para ser empleado en forma maliciosa.

7.2.2 –Que en el caso del incidente de nulidad procesal debería reformarse de tal forma, que se conceda al juez la facultad discrecional para que pueda suspender o no el proceso cuando sean propuestas nulidades, y que para ello el juez tome en consideración los principios procesales de economía y celeridad.

7.2.3 –En cuanto a la acumulación de procesos, cuando se tramita oficiosamente se debe aplicar el trámite de la acumulación cuando procede a petición de parte, elaborando un auto en el que se ordene mandar a oír a las partes acerca de la acumulación que se pretende realizar.

7.2.4 –Que se cumpla con los términos señalados para el trámite de los incidentes, principalmente en el caso del incidente de conflicto de competencia.

7.2.5 –En el caso de la tercería, por tratarse de un juicio incidental que debido al lapso de tiempo que toma su sustanciación por la vía ordinaria señalada por el código de procedimientos civiles, se sugiere que se regule la tercería señalando un trámite que permita realizar o tramitar el juicio incidental, con trámites más breves tendientes a permitir la ejecución de la sentencia en una forma más rápida.

Para ello se recomienda que se regule atendiendo a que dependiendo de la dificultad de la tercería que se presente se tramite mediante, un juicio ordinario, sumario o a través del trámite de los incidentes, pero que el trámite a imprimirse sea determinado por el juez en atención al asunto planteado; pues como antes se ha expresado las tercerías son plenamente civiles.

7.2.6 –Incorporar al capítulo de los incidentes una disposición destinada a señalar el trámite de los incidentes que pueden surgir dentro de otro incidente.

7.2.7 –En razón de que existen dificultades al momento de presentarse las recusaciones, impedimentos ya que la ley no señala causa para la recusación en los procesos de familia ni para los impedimentos.

Por consiguiente se sugiere redactar una disposición que señale a manera de ejemplo los motivos de recusación e impedimento.

Además establecer de forma expresa que trámite seguir en caso de que el juez tenga motivos para excusarse de conocer.

7.2.8 –En cuanto al texto legal referente a los incidentes en los procesos de familia, se sugiere prestar atención a los siguientes puntos a fin de que se reforme de una forma mejor o más clara, así como también que se regulen aspectos que han quedado sin solución legal:

- a) –Agregar al contenido de los incidentes el siguiente texto para el artículo de incidente dentro de incidente: “Cuando se plantee un incidente dentro de un incidente principal éste deberá sustanciarse en el trámite del principal y decidirse en la misma resolución”.
- b) –Agregar al artículo 65 Pr. F., un inciso que establezca que: “Cuando se emplazare al demandado y éste pretenda hacer uso de la inhibitoria, deberá comparecer ante el juez que estime competente, mediante escrito en el cual se efectuara una reseña de la demanda y de los antecedentes susceptibles de justificar la competencia”.
- c) –Es necesario que se reforme el inciso segundo del artículo 70 Pr. F., referente al incidente de impedimento, ya que como se encuentra actualmente redactado no es posible entender lo que el legislador quiso decir.



- d) –Que se reforme el artículo 73 inciso 2° Pr. F., en el sentido que exprese que, los tres días para decidir sobre la acumulación deben ser posteriores a haber vencido el término para que la parte vierta su opinión.
- e) –Que se aclare a que se refiere el artículo 67 inciso 1° Pr. F., cuando dice “a usar de sus derechos por la parte recusante”.
- f) –Que se reforme el artículo 58 inciso 2° Pr.F., expresando que en el caso de la acumulación de procesos excepcionalmente se admitirá el recurso de apelación.
- g) –Cambiar el término excepciones dilatorias del Art. 50 Pr. F., por el término excepciones procesales; ya que el término excepciones dilatorias no está en concordancia con la forma en que está regulado.
- h) Agregar al inciso 1° del Art. 101 Pr. F., que se podrá probar Justo Impedimento aún después de celebrada la Audiencia, cuando el impedimento hubiere ocurrido antes de la celebración de ésta y fuese imposible alegarlo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALESSANDRI, ARTURO. Curso de derecho civil, las fuentes de las obligaciones en particular. Tomo IV. Editorial Nacimientos, Santiago de Chile.

ALSINA HUGO. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Segunda Edición, Editorial Sociedad Editores, Buenos Aires, Argentina, 1993. Tomos I, II, III, VI.

ÁLVAREZ JULIA, LUIS. Manual de derecho procesal. Segunda Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1992.

ARAZI, RONALD. Las medidas cautelares. Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1999.

ARRIETA GALLEGOS, FRANCISCO. Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales. Editorial Jurídica Salvadoreña, 1969.

AZULA CAMACHO, JAIME. Manual de derecho procesal civil. Cuarta Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994. Tomos I y II.

BENAVENTE, DARÍO. Derecho procesal, juicio ordinario y recursos procesales. Tercera Edición revisada y actualizada por Juan Colombo Campbell, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario enciclopédico de derecho usual. 26° Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Editorial HELIESTA S.R.L, 1998.

CABRERA ACOSTA, BENIGNO HUMBERTO. Teoría general del proceso y de la prueba. Quinta edición reformada, ampliada y actualiza, Editorial Jurídica, Gustavo Ibáñez, Bogota, Colombia, 1994.

CARNELUTTI, FRANCESCO. Derecho procesal civil, clásicos. Editorial Pedagógica Iberoamericana S.A de C.V, Volumen III.

CHIAPPINI, JULIO O. El proceso incidental. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994.

CHIAVENATO IDALBERTO, Administración de recursos humanos, segunda edición, McGraw Hill, 1998.

COUTURE, EDUARDO J. Estudio de derecho procesal civil: el juez las partes y el proceso. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1979. Tomo III.

DE LA PLAZA, MANUEL. Derecho procesal civil español. Tercera edición, Editorial Revista de derecho privado. Madrid, España, 1951. Volumen I.

DE SANTOS, VÍCTOR. El proceso civil. Reimpresión, Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1988. Tomo IV.

DESSLER GARI, Administración de personal, sexta edición, McGraw Hill, 1996.

ECHANDÍA, HERNANDO DEVIS. Compendio de derecho procesal. Octava edición, Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1994. Tomos I y II.

FALCÓN M., ENRIQUE. Elementos del derecho procesal civil. Editorial Abeledo Perrot, Buenos, Aires, Argentina, 1986.

FERNÁNDEZ, MIGUEL ANGEL. Derecho procesal civil. Editorial Centro de Estudio Ramón Arce S.A, Madrid, España. Tomo II.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Metodología de la investigación, segunda edición, editorial McGraw Hill interamericana.

MARTÍN DE LA LEONA, JOSÉ MARÍA. Nulidad de actuaciones en el proceso civil. Segunda edición, Editorial Colex, 1996.

MAURINO, ALBERTO LUIS. Nulidades procesales. Cuarta reimposición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, Argentina. 1995.

OSSORIO MANUEL, et al. Enciclopedia Jurídica Omeba. Impoinsa, Impreso por Industrias Graficas del Libro S.R.L, tomo IX 1982.

OSSORIO, MANUEL. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, y sociales. Impreso por Industrias Gráficas del Libro S.R.L, Driskill S.A. Sardi 1370, Buenos aires, Argentina, 1996.

PALACIOS, LINO ENRIQUE. Derecho procesal civil. Segunda Edición, Cuarta reimposición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Tomos I y IV.

PALLARÉS, EDUARDO. Diccionario jurídico de derecho procesal civil. Editorial Porrúa S.A., México, 1988.

PRIETO CASTRO, LEONARDO. Derecho procesal civil. Editorial Librería general Zaragoza, España. Tomo I.

ROBBINS STEPHEN P., Comportamiento organizacional teoría y práctica, séptima edición, editorial Prentice Hall Hispanoamericana, 1996.

ROCCO, HUGO. Tratado de derecho procesal civil. Editorial Temis de Palma. Buenos Aires, Argentina, volumen III.

ROCHA ALVIRA, ANTONIO. De la prueba en el derecho. Clásicos jurídicos Colombianos. Biblioteca Jurídica. 1999.

RODRÍGUEZ, LUIS A. Nulidades procesales. Segunda Edición, Editorial Universidad, de Buenos Aires, Argentina. 1994.

SALAS VIVALDI, JULIO E. Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil y penal. Quinta Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile. 1994.

STONER JAMES A. F, Administración, quinta edición, editorial hall Hispanoamericana, 1992.

TABORA, TITO LIVIO. Juicio ordinario. Código de procedimientos, antecedentes y comentarios. Universidad Autónoma de Honduras. Editorial Universitaria, 1987. Tomo II.

TOMASINO, HUMBERTO. El Juicio ejecutivo. Editorial Universitaria, 1949.

VÉSCOVI, ENRIQUE, Teoría general del proceso. Segunda Edición, Editorial Temis S.A. Librería Bogota, Colombia. 1999.

LAZO FUENTES, XIOMARA ERLINDA. Tesis. La Repercusión de los incidentes en el proceso de familia. San Salvador 1996. Clasificación L-50.

VÁSQUEZ DURÁN, DALY. Tesis. Las Excepciones en los procesos de familia. San Miguel. 1999. Clasificación V-47.

VIDAURRE SANTOS, BERTA LORENA. Tesis. La Efectividad de las Medidas Cautelares y de Protección. Sus Consecuencias Jurídicas desde 1996-1997. Universidad de El Salvador. 1998.

Código de Familia y Ley Procesal de Familia. Editor Luis Vásquez. Año 1995.

Código Penal. Editor Luis Vásquez. Año 2001.

Código de Trabajo. Editor Ricardo Mendoza Orantes. Año 1998.

Documento Base y Exposición de motivos del Código de Familia. Tomo II. Publicado por el Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia. Segunda edición. 1994.

# **ANEXOS**