

<i>Observaciones sobre el denominado recurso de rescisión instituido en el proceso contumacial . . . . .</i>	143
--	-----

**EDUARDO B. CARLOS**

I. <i>Preliminar . . . . .</i>	143
II. <i>En torno al tema indicado . . . . .</i>	144
III. <i>Nociones sumarias sobre rebeldía y sus efectos . . . . .</i>	144
IV. <i>Algunos antecedentes referidos al derecho extranjero . . . . .</i>	146
V. <i>Legislación procesal argentina . . . . .</i>	148
VI. <i>De los medios de impugnación en general . . . . .</i>	150
VII. <i>Conclusiones . . . . .</i>	152

# OBSERVACIONES SOBRE EL DENOMINADO RECURSO DE RESCISIÓN INSTITUIDO EN EL PROCESO CONTUMACIAL

Eduardo B. CARLOS \*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *En torno al tema indicado*. III. *Nociones sumarias sobre rebeldía y sus efectos*. IV. *Algunos antecedentes referidos al derecho extranjero*. V. *Legislación procesal argentina*. VI. *De los medios de impugnación en general*. VII. *Conclusiones*.

## I. *Preliminar*

Este trabajo tiene un sentido o significación especial. Exterioriza y concreta mi plena y entusiasta adhesión al justiciero homenaje que estudiosos de la ciencia del derecho, particularmente de la disciplina jurídica procesal, dedican al ilustre procesalista español profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, con motivo de cumplir su trigésimo aniversario en el ejercicio de la docencia universitaria.

Nuestro encuentro personal con el nombrado profesor ha quedado vivo en mi recuerdo, por haberse celebrado en circunstancias especiales. En efecto, celebrábase el Primer Congreso sobre Juicio Oral realizado en Buenos Aires en 1942, en cuya oportunidad fue el profesor Hugo Alsina el que hizo la presentación. De la personalidad intelectual y de la obra científica llevada a cabo por el profesor Alcalá-Zamora y Castillo, he tenido ocasión de ocuparme en el comentario de uno de sus libros.<sup>1</sup> Con posterioridad a la aparición de éste y durante los años subsiguientes, varios libros más, ensayos, artículos, comentarios y otras notas críticas, dan cuenta de la infatigable labor cumplida y de su vasta producción científica que constituye, incuestionablemente, un valioso aporte para el progreso de la ciencia procesal.

\* El autor, ya fallecido, fue destacado profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, República Argentina.

<sup>1</sup> *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, Buenos Aires, Edic. Rev. J. A., 1944, cuya nota crítica se ha publicado en la *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, II parte, p. 78.

## II. En torno al tema indicado

He escogido como tema de estudio el consignado en el epígrafe. Como en la doctrina no se da una uniforme consideración a su respecto y como las soluciones del derecho procesal positivo distan mucho de ser coincidentes en cuanto a que si el medio concedido al demandado rebelde, para impugnar la sentencia dictada en su contra, constituye un *remedio*, un *recurso* o una *acción impugnativa*, es menester concretar por razones de orden científico y práctico, a cuál de estas categorías procesales pertenece. Por ello considero indispensable iniciar esta exposición con las explicaciones previas correspondientes a las nociones generales sobre rebeldía, antecedentes relacionados con la legislación extranjera y de nuestro país, para luego subseguir con los medios de impugnación y naturaleza de la oposición acordada al rebelde.

## III. Nociones sumarias sobre rebeldía y sus efectos

Sabido es que el proceso contiene una relación jurídica cuyos sujetos lo constituyen el actor, el demandado y el órgano jurisdiccional (juez o tribunal). Pueden intervenir además varios actores o demandados (*litis consorcio activo, pasivo o mixto*), e igualmente terceros legitimados, cuya participación se puede configurar como *principal* o *adhesiva*.

No obstante estos últimos supuestos de *litis consorcio* e intervención (excluyente o coadyuvante) se ha de destacar el principio de bilateralidad como característica esencial, en cuanto al proceso se constituye con dos partes, el que pide y aquel contra quien se pide la actuación de la voluntad de la ley; el sujeto activo y pasivo de la *litis*, o sea el demandante y el demandado.

Ahora bien, el actor con la demanda inicia el juicio y es menester emplazar al demandado para que comparezca al mismo, a cuyo efecto se le notifica por cédula o por edicto según que tenga o no domicilio conocido. Si el demandado comparece, el juicio continúa con su intervención, aunque pueda permanecer inactivo en el curso del mismo, situación ésta que también puede darse respecto del actor. Si, por el contrario, no se apersona a la causa, se lo declara rebelde, siguiéndose el procedimiento denominado en *rebeldía* o *contumacial*, expresión esta última utilizada por algunos autores y legislaciones foráneas.

En el proceso moderno no es indispensable, como ocurriera en otras épocas históricas, la presencia del reo; no existe una obligación de comparecer, y si en algún momento así ha podido ser considerada, cuando la presencia del demandado era imprescindible —incluso utilizándose procedimientos coactivos a tal fin (*manus in jectio; pignoris capio*)—, es ya uniforme la doctrina al configurarla como una *carga*,

de la que ha desembarazarse mediante su actividad dirigida a apersonarse a la causa, pues si así no lo hiciere corre el riesgo de que ésta se substancie lo mismo sin su presencia.<sup>2</sup>

La declaración de rebeldía por la falta de personación del demandado al juicio —aunque proceda también contra el actor en los casos que las leyes procesales prescriben— produce efectos que pueden vincularse a medidas cautelares respecto de los bienes y en relación con la pretensión hecha valer en juicio. Cuanto a lo primero es casi uniforme la legislación procesal al admitir, sin necesidad de prestación de fianza, el embargo de los bienes del contumaz. No acontece lo propio respecto de la otra situación, pues algunos ordenamientos procesales autorizan al juez a tener por ciertos y reconocidos los hechos en que se sustenta la pretensión actora,<sup>3</sup> mientras que en otros sólo se pronunciará dictando sentencia condenatoria, si el demandante acredita debidamente los extremos de su pretensión.<sup>4</sup>

Establecido precedentemente que el procedimiento contumacial, con las consecuencias que brevemente se han indicado, se da principalmente por la inactividad procesal del demandado al no apersonarse a la causa, interesa poner de manifiesto ahora que su no presentación se haya debido a que el mismo ignorara la existencia del juicio que se le ha promovido o que no haya podido hacerlo por razones de fuerza mayor. Entretanto el juicio se ha seguido sin su intervención e incluso se ha dictado sentencia condenatoria. Para tal supuesto las leyes instrumentales le han otorgado al contumaz el poder jurídico de obtener, acreditando aquellos extremos, la anulación de ese fallo y la posibilidad de su posterior intervención en la causa, a los fines de ejercitar su derecho de defensa. En qué medida, extensión o grado éste se le acuerda, es cuestión que se examinará más adelante, toda vez, que como antes se advirtió, no se dan soluciones uniformes en el derecho procesal positivo.

<sup>2</sup> Acerca de la obligación, deber y carga de comparecer y su evolutivo desarrollo histórico legislativo doctrinal, véase Reimundin, R., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1956, t. 1, p. 397 y ss.; Aragonese, Pedro, *Técnica procesal*, Madrid, Aguilar, 1955, p. 402, parte 45. En torno a la noción de rebeldía y sus efectos, *cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, N., *Comentario del Código de Chihuahua*, México, Ed. Jus, 1959, p. 107, par. 176-177; Wach, A., *Conferencias sobre la ordenanza civil alemana*, Buenos Aires, EJEA, 1958, p. 169 y ss.

<sup>3</sup> Goldschmidt, J., *Derecho Procesal Civil*, trad. de Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, p. 42 y 43; Kisch, W., *Elementos de Derecho Procesal Civil*, traduc. de Prieto Castro, Madrid, Edit. Rev. Der. Priv., 1932, p. 264, par. 54; Schönke, A., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 285.

<sup>4</sup> Fernández, R. L., *Código de procedimiento civil comentado*, Buenos Aires, 1955, t. 1, p. 381; Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, 1962, t. v, p. 595, núm. 12.

#### IV. Algunos antecedentes referidos al Derecho Extranjero

En la legislación procesal española y particularmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, el recurso de rescisión que se acuerda al contumaz, es resuelto por el órgano jurisdiccional superior en grado al que dictó la sentencia, así, si ella emana de un juez municipal, la decisión del recurso corresponde al juez de primera instancia; en cambio, si procede de éste, corresponde a la Audiencia. Esto ha hecho afirmar a un autor:

Respecto a la competencia para determinar si debe o no ser oído al declarado rebelde, parecía lo más natural que correspondiera al juez o tribunal cuya sentencia causó ejecutoria, y en su consecuencia, al juez de primera instancia, cuando su fallo hubiese adquirido esta fuerza por haber sido consentido, por no apelarse de él en tiempo hábil, y así se verifica respecto del procedimiento contencioso administrativo en los consejos provinciales, puesto que en el artículo 58 del reglamento de 1<sup>o</sup> de octubre de 1845 se establece que contra la sentencia que dictaren en rebeldía habrá el recurso de rescisión ante el consejo que la hubiese dictado, sin que antes de decidirse sobre la rescisión de la sentencia pueda interponerse apelación ni otro recurso alguno. Mas la comisión redactora de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha considerado la declaración sobre la audiencia del rebelde como un recurso extraordinario, por llevar implícitamente consigo la rescisión de una sentencia ejecutoria, el cual, por lo tanto, requiere mayores garantías, y además tuvo la ley en cuenta que dictado una vez el fallo por el juez, cesa ya su misión en la causa, si bien sólo atendió a esta consideración respecto del juez de primera instancia, y no de las audiencias, por no alterar esencialmente las atribuciones del Tribunal Supremo, confiándole dicha declaración cuando aquéllos fallaron en rebeldía, según dice el señor Lacerna en sus "Motivos de la Ley", en su *Tratado de procedimiento*.<sup>5</sup>

Los casos en que procede dicho recurso de rescisión, también denominado de *audiencia*, están previstos en los artículos 1193 a 1203 de la citada ley y en los artículos 773 a 789 de la de 1881.<sup>6</sup> La expresión "reposición del rebelde" utilizada por Guasp, como él mismo lo reconoce, resultaría sólo en parte aplicable a la legislación española, en razón

<sup>5</sup> De Vicente y Caravantes, José María; *Tratado... de los procedimientos judiciales en materia civil*, Madrid, 1858, t. IV, p. 253, par. 1802.

<sup>6</sup> Véase Aragonés Alonso, Pedro, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1959, p. 244/249; Alcalá-Zamora y Castillo, N., en *Adiciones al sistema de derecho procesal civil de Carnelutti*, t. III, p. 690, par. 588 y al *derecho procesal civil de Goldschmidt*, p. 356; Gómez Orbaneja, E., *Notas a las instituciones de derecho procesal civil de Chiovenda*, Madrid, 1940, t. III, p. 374; Prieto Castro, L., *adiciones de derecho español a la obra de Kisch, W.: Elementos de Derecho Procesal civil*, p. 268 a 270.

de que el recurso de *audiencia* tramita y se decide por un órgano superior y no por el mismo juez que dictó la sentencia en rebeldía; por lo que dicha locución y su configuración jurídica consiguiente, habría de considerarse admisible cuando el remedio se deduce ante la Audiencia o Tribunal Supremo que son quienes conocen y deciden en dicho recurso<sup>7</sup> empero, queda en pie el óbice de que la reposición no puede formalmente proceder contra una sentencia definitiva.

La legislación procesal italiana —con referencia al código de 1865— ha establecido el remedio acordado al rebelde para impugnar la sentencia dictada, bajo la denominación de *oposición del contumaz*. Esta oposición es considerada como un verdadero medio de impugnación. Expresamente lo admite así Chiovenda<sup>8</sup> y también otro tratadista italiano se expresa en parecidos términos, al afirmar: “sea por el fin que se propone (rescisión del proceso), sea por la posible consecuencia (reforma de la sentencia), sea por la forma con la cual debe ser propuesta (citación con especificación de los motivos)”, lo cierto es que constituye un medio de impugnación.<sup>9</sup> Es decir, que al lado de la apelación e independientemente de ésta se otorga al rebelde el denominado recurso con la finalidad también indicada. Empero, sea porque el demandante, cuando la notificación no se efectuaba en persona, reiteraba la citación, sea porque se adopten los mayores cuidados para obtener la comparecencia del demandado, lo cierto es que, como afirma un autor, los casos de interposición de aquel remedio en la práctica son rarísimos, llevándole a vaticinar que “cuando los mecanismos de la notificación y del término para comparecer estén dispuestos de tal modo que reduzcan al mínimo las probabilidades de la contumacia voluntaria, y cuando además funcione de manera adecuada la institución del patrocinio gratuito, la oposición del contumaz podrá sin daño alguno ser eliminada”.<sup>10</sup> Quizá por ello, como lo recuerda Rocco, en el nuevo Código Procesal Civil italiano (vigente desde 1943) ha sido abolida la oposición del contumaz.<sup>11</sup>

En el procedimiento alemán se instituye igualmente la oposición del rebelde, aunque la doctrina se ocupa en destacar muy singularmente que ella técnicamente no constituye un recurso.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Guasp, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, p. 1391, par. III.

<sup>8</sup> Chiovenda, J., *Instituciones...* t. III, p. 373, par. 393.

<sup>9</sup> Moschella, Y., en *Nuovo Digesto Italiano*, voz: “Oppo sizione Contumaciale”, vol. IX, año 1939, p. 155.

<sup>10</sup> Carnelutti, F., *op. cit.*, t. III, p. 686, par. 587.

<sup>11</sup> Rocco, Ugo, *Teoría general del proceso civil*, traduc. de Felipe J. de Tena, México. Edit. Porrúa, 1959, p. 278.

<sup>12</sup> Rosenberg, Lco. *Tratado de derecho procesal civil*, traduc. de A. Romero Vera, Buenos Aires, EJE, 1955, t. II, p. 172; Schönke, A., *op. cit.*, p. 286.

### V. Legislación procesal argentina

Sabido es que en nuestro país se dan diversos ordenamientos procesales, existiendo tantos códigos de ese orden cuantas son las provincias, además de regir otro para la capital de la República y una ley de procedimientos para la justicia federal. La unánime aspiración de unificar la legislación de ese orden no se ha visto aún lograda por las dificultades derivadas de la interpretación constitucional, que pone serio obstáculo a que el Congreso de la nación pueda dictar un solo código procesal (civil y penal) a regir en todo el país. El tratado interprovincial que pareciera el camino legal más aconsejable, de no mediar una reforma constitucional, podrá ser el medio idóneo para lograr ese propósito en el futuro.

La legislación procesal de nuestro país —incluida la ley federal número 50—, ha tenido como fuente inmediata a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 en lo que atañe al denominado recurso de rescisión.

El Código de Procedimiento Civil de Santa Fe (ley 5531), en vigor desde el 1º de febrero de 1962, dispone en su artículo 83: "En cualquier estado del juicio y hasta seis meses después de la sentencia, podrá el rebelde entablar el recurso de rescisión contra el procedimiento o contra la sentencia", agregando el artículo 84: "Para que proceda el recurso de rescisión, si requiere: 1) Que medie nulidad del emplazamiento o que el rebelde acredite no haber podido comparecer por fuerza mayor o por no haber tenido conocimiento del pleito; 2) Que desde la cesación de la fuerza mayor o desde la noticia del pleito hasta la instauración del recurso no haya transcurrido sino el máximo del término legal del emplazamiento y treinta días más". Por el artículo 85 se establece el procedimiento a seguir, en los siguientes términos: "La rescisión se substanciará en pieza separada y por el trámite del juicio sumario. Suspenderá en su caso la ejecución de la sentencia." Finaliza la sección pertinente con la advertencia de que las precedentes disposiciones sólo son aplicables a los juicios declarativos (artículo 86). Ninguna modificación introdujo al respecto la Comisión Reformadora del código derogado (ley 2924), que reglaba la misma situación en los artículos 407 a 410. El Código de 1900 en similares normas legislaba el procedimiento y recurso de rescisión en los artículos 474 a 482. Este cuerpo de normas instrumentales era en cierto modo similar al de la provincia de Córdoba,<sup>13</sup> dado que ambos encuentran su origen en

<sup>13</sup> Para una referencia completa, en cuanto a las concordancias de las disposiciones indicadas en el texto, véase Espinoza, M. *Concordancias y fuentes bibliográficas del Código de Procedimientos en lo Civil y Mercantil de Córdoba*, 1940, t. II, p. 72 y Reimundin, R., *op. cit.*, t. II, p. 83.

el proyecto del doctor Isafas Gil. Por ello las disposiciones relativas al recurso de rescisión acordado al rebelde y el procedimiento a seguirse en tal supuesto, son coincidentes (Código de Procedimiento Civil de Córdoba, artículo 460 a 467). En términos parecidos también legisla sobre el recurso de rescisión el Código de Procedimientos de Santiago del Estero (artículos 200 a 203).

El Código de procedimientos de Entre Ríos, con la sola variante de denominarlo recurso de *revisión* al acordarlo al contumaz, indica los casos en que procede y su trámite en los artículos 412 a 415.

El vigente Código Instrumental de Mendoza, sobre el punto establece el precepto que transcribimos a continuación:

Artículo 77. Rescisión. En los casos en los cuales procede el incidente de nulidad conforme al artículo 94, o cuando se invoque y pruebe la imposibilidad de haber conocido el emplazamiento o de comparecer o hacerse representar, por fuerza mayor insuperable, podrá dejarse sin efecto la rebeldía y rescindirse lo actuado con posterioridad a ella, siempre que el interesado comparezca y lo solicite dentro del plazo de quince días de haber tenido conocimiento del emplazamiento o de haber cesado la fuerza mayor. La solicitud de rescisión se substanciará y resolverá de acuerdo al trámite señalado para los incidentes en el artículo 93, siendo apelable el auto resolutorio. En caso de que el juez declare improcedente la rescisión y si resultare maliciosa la actitud del peticionante, violando el deber de probidad y lealtad que establece el artículo 22, el juez podrá aplicar las sanciones que autorizan los incisos 2, 3 y 4, artículo 47.

El Código de La Rioja al efecto ordena: artículo 174: "Cuando el rebelde alegue y pruebe la fuerza mayor que lo ha imposibilitado para conocer el emplazamiento o para comparecer al juicio se dejará sin efecto la rebeldía después de rescindirse todo lo actuado con posterioridad a ella, siempre que el interesado lo pida dentro de los quince días de haber tenido conocimiento del emplazamiento o de haber cesado la fuerza mayor"; señala el artículo 175 el trámite a seguir en tal supuesto, del modo siguiente: "La rescisión del procedimiento se tramitará y decidirá como los incidentes."

El de Jujuy, establece que una vez "ejecutoriada la sentencia que se dicte en rebeldía, no se dará audiencia ni se admitirá recurso alguno contra ella" (artículo 199 *in fine*); disposición ésta reproducida casi textualmente del artículo 442 del Código de Procedimientos de la capital de la República que igualmente niega todo recurso al contumaz una vez ejecutoriada la sentencia.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Esto explica por qué no se ocupan del recurso de rescisión algunos tratadistas, entre ellos Fernández, R. L., *op. cit.*, t. I, p. 383, y Alsina lo hace con referencia a la ley 50 (*op. cit.*, t. v, p. 599), ni se lo incluye en obras especializadas sobre medios

La legislación procesal de nuestro país, en la mayoría de sus ordenamientos, según se ha visto, acuerdan al rebelde el que denominan recurso de rescisión, que hará valer contra el procedimiento o sentencia, cumpliéndose los requisitos estatuidos por dichas leyes, el que se sustanciará ante el mismo juez que dictó la decisión y por el trámite del juicio sumario o de los incidentes.

Cabe advertir, pues, un apartamiento a la legislación que le sirvió de fuente, solamente en lo que atañe al tribunal que decidirá aquel remedio, toda vez que se hace valer ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia definitiva.

### VI. De los medios de impugnación en general

A las partes intervinientes en el proceso, para corregir los errores *in procedendo* o *in iudicando*, o sea los referidos a irregularidades ocurridas durante la substanciación de la causa o respecto de la injusticia de la decisión, se les acuerda medios para impugnar las resoluciones judiciales con la finalidad de que se corrijan tales errores. Esos poderes conferidos a las partes y, eventualmente a terceros legitimados, se denominan *medios de impugnación*. Constituyen, pues, medios de fiscalización de las resoluciones judiciales. La doctrina los clasifica de diversos modos, aunque se reconoce la imposibilidad de formular una agrupación única o general, pues ella depende de cada uno de los derechos positivos tomados en consideración. Con la salvedad expresada, cabe anotar que se los distingue en recursos *ordinarios* y *extraordinarios*, criterio éste que atiende al carácter común o frecuente de su empleo, en cuanto al primero, y de excepcional del segundo; como que otro dato que lo distingue estaría dado en que en aquél no es menester expresar, al interponerlo, los motivos en que se lo sustenta y por el contrario, en el último, es indispensable su fundamentación a los fines de su admisibilidad formal. También se habla de *remedios*, *recursos* y *acciones de impugnación*. Para distinguir los remedios de los recursos, se han utilizado incluso las expresiones recursos *horizontales* y *verticales*.<sup>15</sup> Los primeros se resuelven por el mismo juez que ha dictado la decisión que se cuestiona, y pertenecen a esta categoría la *reposición* o *revocatoria* y, en la legislación procesal española, la *súplica*, que se hace valer ante

de impugnación en general como la de Ibáñez Frochan (Buenos Aires, 1943), y Podetti sólo trae una breve e incidental referencia cuando se ocupa de algunos remedios que para él no son recursos, incluyendo entre ellos la rescisión (*Tratado de los recursos*, p. 43). En cuanto a comentarios sobre el recurso de rescisión referidos a la ley 50 (artículos 190 a 202), véase Sartorio, J., *La ley 50*, Buenos Aires, 2ª edic., 1955, p. 492 y ss., y Juárez Echegaray, L., *Derecho Procesal Federal*, t. II, Córdoba, 1937, p. 223 y ss.

<sup>15</sup> Guasp, J., *op. cit.*, p. 1382; Aragonese, P., *Técnica procesal*, p. 286.

el Tribunal Colegiado.<sup>16</sup> En cambio los recursos (apelación, nulidad, etcétera) se sustancian y deciden ante un juez o un tribunal superior, en grado del que dictó la sentencia impugnada. Estas distinciones no ofrecen mayores dificultades, pues se advierte con claridad que el motivo en que se les apoya radica en el órgano jurisdiccional que ha de dictar en definitiva el pronunciamiento; si él mismo dio el proveído que se recurre, tendremos el ejercicio de un remedio; si es el superior en grado que no dictó el proveído impugnado, lo será de un recurso, aunque no sea éste, en puridad, el criterio discriminativo para formular una noción de los medios impugnatorios, pues él sólo podrá estar dado por su objeto.

No ocurre lo propio, en cambio, cuando se trata de establecer una neta diferenciación entre *recursos* y *acciones de impugnación*. La categoría del recurso extraordinario o excepcional, quizá sea la que más se aproxima a la acción de impugnación, pero se ha advertido al respecto, y desde otro plano de enfoque, que todos los recursos son acciones impugnativas autónomas.<sup>17</sup> Este problema ha sido cuestionado y no se me oculta las dificultades que suscita, por la complejidad de la distinción conceptual existente cuando se trata de indagar acerca de la naturaleza jurídica del derecho de impugnación.

A la formulación de Hellwing que tipifica los medios de impugnación como verdaderas acciones, en el sentido de que si bien *acciones de impugnación* y *medio de gravamen* aparecen como manifestaciones formalmente diversas, en realidad constituyen substancialmente un verdadero derecho de impugnación, o sea el derecho a obtener "la variación del estado jurídico creado por la sentencia sujeta a gravamen", Calamandrei, en un magnífico y erudito estudio monográfico, en el que analiza extensamente los vicios de la sentencia "que puede ser por defecto de *actividad*, cuya reparación se obtiene mediante el ejercicio de una acción de naturaleza constitutiva, o *de juicio*", supuesta injusticia de la decisión cuya corrección se obtiene por el ejercicio del medio de gravamen, instituto propio del proceso, refuta, en base a tal fundamental distinción, el autor tudesco precedentemente citado, para sostener que el derecho de impugnación se dirige a destruir los efectos jurídicos de una sentencia por vicios de construcción, de donde resulta que el derecho de impugnación es inseparable del motivo en que se lo sustenta; en cambio, el de gravamen es absolutamente independiente respecto del vicio de la sentencia y se concede a la parte vencida por estimar que un solo grado de jurisdicción no constituye garantía suficiente de justicia. Además por la acción de impugnación se procura obtener la

<sup>16</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, N., "Los recursos en nuestras leyes procesales" en *Estudio de derecho procesal*, Madrid, 1934, p. 32; que incluso critica duramente tal calificación.

<sup>17</sup> Guasp, J., *op. y loc. cit.*

variación de un estado jurídico existente y, con sus propias palabras, "cuando se ejercita contra una sentencia a obtener una nueva sentencia que anule o revoque la primera", mientras que por el contrario, por el medio de gravamen, se trata de impedir que se perfeccione un estado jurídico aún no perfecto, es decir que se trata de evitar que la sentencia de primer grado adquiera la categoría de cosa juzgada. Asimismo, la sentencia sujeta a una acción de impugnación, mientras ésta se tramita, normalmente produce los efectos jurídicos de la declaración de certeza, en tanto que el fallo recurrido por el medio del gravamen, impide que se perfeccione un estado jurídico que aún permanece imperfecto, por lo que tal decisión no produce aquellos efectos normales. Por último, después de mencionar otras diferencias que se dan entre la una (acción) y el otro (medio de gravamen) y a modo de conclusión subraya el insigne procesalista italiano, que mientras la acción de impugnación da lugar a un nuevo proceso sobre la existencia de una voluntad de ley diversa de la que es objeto de controversia sobre el mérito, el medio de gravamen abre una nueva fase del mismo proceso y da lugar a la continuación de la misma controversia decidida por la primera sentencia. El efecto de abrir un nuevo estadio del mismo proceso todavía no terminado (por lo general ante un juez superior, pero a veces también ante el mismo juez) es propio de medio de gravamen y se considera justamente por algunos autores como su carácter distintivo.<sup>18</sup>

Las apuntadas notas distintivas que, estimo, contribuyen a elucidar el problema considerado, compartidas también por un destacado procesalista español al abordar el estudio de la naturaleza jurídica del derecho de impugnación,<sup>19</sup> constituyen evidentemente un aporte valioso para la solución del tema escogido, toda vez que el recurso acordado al contumaz, más que un recurso de rescisión como lo denominan las leyes procesales mencionadas anteriormente, se configura como una verdadera acción por su objeto y finalidad.

## VII. Conclusiones

Las precedentes consideraciones llévanme a concluir que el poder jurídico acordado al rebelde constituye una verdadera acción impugnativa, no obstante el carácter especial o extraordinario con que algunos tratadistas califican al que denominan recurso de rescisión.

Ella no se dirige a atacar el mérito o justicia de la decisión (error

<sup>18</sup> Calamandrei, P., "Vicios de la sentencia y medios de gravamen", recogido en *Estudios sobre el proceso civil*, traduc. Sentis Melendo, Buenos Aires (1945, p. 418 y espec. p. 445/448.

<sup>19</sup> Fairén Guillén, V., "Los medios de impugnación", en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 327, par. 10.

*in iudicando*) en una nueva fase o segundo examen, sino que pretende la cesación de los efectos jurídicos producidos por la sentencia firme, la mutación de ese nuevo estado jurídico constituido por ella, la anulación del fallo impugnado, para que, en caso de admisión (rescisión), se pueda reiniciar la prosecución de la causa desde el instante mismo en que venció el emplazamiento y poder ejercitar el rebelde, su derecho de defensa.

Se da solamente en el proceso de *cognición* (juicios declarativos generales) y no en el de ejecución, aunque en éste también se admite contra la sentencia firme (cosa juzgada formal), una acción denominada de *repetición*, pero que difiere por su finalidad de la aquí considerada. Se ha de interponer dentro del plazo que las respectivas leyes procesales consignan y han de cumplirse los presupuestos de admisibilidad que en ellas igualmente se especifican y que someramente también se han indicado más arriba, al examinar los ordenamientos procesales de nuestro país que la admiten.

Tal conclusión se refuerza al comprobar por ellos que la rescisión —que no se legisla entre los recursos— se ha de deducir ante el mismo juez que dictó la sentencia, substanciándose por la vía incidental o la del juicio sumario. Cabe observar que en la práctica es poco frecuente el ejercicio de esa acción rescisoria y su causa puede encontrarse en el hecho de que el actor, al promover el juicio, procura que la notificación del emplazamiento, a estar a derecho del demandado, se efectúe en legal y debida forma.

He de reiterar, por último, que la conclusión a que se arriba al comienzo de este párrafo, resulta exacta en relación con el sistema legal vigente en nuestro país, aunque no pueda extenderse a todo derecho positivo.