

EJECUCION PROVISIONAL DE LA SENTENCIA

1. Nos proponemos en este artículo aclarar la siguiente cuestión: ¿Puede el juez “a quo”, una vez publicada la sentencia, dar la ejecución provisional de la misma? Que puede dar la ejecución provisional incluyendo el decreto en la misma sentencia, o dando un decreto aparte, con la misma fecha que lleva la sentencia, está claro en los autores, en la práctica es lo que se hace, no encuentra principio jurídico alguno que se lo prohíba, y está de acuerdo con el canon 1917, 2.

Y entrando un poco más dentro de la cuestión nos preguntamos si el juez “a quo” puede dar la ejecución provisional de la sentencia, una vez que ha sido interpuesta la apelación y aún no ha sido aceptada por el juez “ad quem”. Otra cuestión también a resolver sería si puede ejecutarla, una vez publicada, sin haber sido interpuesta la apelación pero durante el plazo legal para apelar.

Hemos de reconocer que la cuestión no está resuelta expresamente en la norma del Código. Habrá que aplicar los principios procesales que toquen más directamente este problema. Y no dejará de darnos luz el estudiar estos mismos casos en el derecho antiguo para ver si es aquella norma la vigente o la codificación de 1917 cambió esta disciplina. Ahora vamos a intentar estudiar este último punto.

2. Para ello se impone descubrir el significado de algunos principios jurídicos que vienen del derecho romano, fueron muy cultivados en el Derecho canónico antiguo y siguen teniendo hoy la máxima vigencia. Porque la dificultad mayor para que el juez “a quo” pueda ejecutar provisionalmente la sentencia después de publicada, está en el conocidísimo principio que viene del derecho romano: *Una vez dada la sentencia, el juez deja de ser juez en la causa*¹. Y este otro: *Pendente appellatione nihil innovetur*. Estos principios han permanecido aceptados en todo el período de formación del derecho canónico, Decretales, Comentaristas, y lo son en nuestros tiempos².

El primero: “El juez, una vez dada la sentencia, deja de ser juez”, es claro, no necesita explicación y servirá para entender mejor el segundo. En cuanto al segundo: “Pendente appellatione nihil innovetur”, la primera duda

¹ ULPIANUS, 1.55 *Dig. de re iud.* (42, 1).

² REIFFENSTUEL: *Ius canonicum universum*, Maceratae 1760, lib. II, tit. 28, 5, 126, 129, 130; SCACIA: *De appellat.*, quaestio 13, n. 19 cum aliis; SCHMALGRUEBER: *Ius ecclesiasticum universum*, 4, tit. 28, 8, 124; tit. 27, 6, 78; PIRHING: *Ius canonicum in quinque libros Decretalium distributum*, Dilingae, 1674, lib. II, tit. 27, sect. IV, 86; LEGA-BARTOCETTI: *Comm. in iudicia eccles.*, Romae 1950, III, pág. 79, n. 5.

es ésta: ¿Puede aplicarse este principio, o comprende también el caso en que la apelación ha sido interpuesta pero aún no ha sido aceptada?

El Decreto de Graciano es claro al exponer la norma: *Appellatione interposita, sive ea recepta, sive non, "medio tempore", nihil novare oportet*³.

La segunda duda que hemos de aclarar en cuanto al significado del principio "appellatione pendente..." es si tiene vigencia también en el caso en que, publicada la sentencia, aún no ha sido interpuesta la apelación, pero puede ponerse por estar dentro del plazo legal. El libro sexto de las Decretales da esta norma: *Innovata per iudicem post sententiam definitivam, a qua appellatum extitit, revocantur statim per iudicem appellationis, "etiamsi ante appellationem fuerint innovata"*⁴. Si el juez de apelación debe revocar las innovaciones hechas por el juez "a quo" aun antes de haber sido interpuesta la apelación, es porque han sido atentados.

Por consiguiente, el principio "Appellatione pendente nihil innovetur" tiene aplicación una vez terminada la sentencia (publicada), haya sido aceptada o no la apelación, haya sido o no interpuesta, de modo que cualquier innovación hecha por el juez "a quo" será atentado, siempre que el condenado tenga derecho a interponerla. Esta doctrina es clara en los Comentaristas. Pirhing la expone en estos términos refiriéndose ya concretamente al caso de ejecución de la sentencia: *Cum appellatur a sententia definitiva, si ea, appellatione pendente, fuit executione mandata, iudex appellationis debet revocare quidquid factum est post appellationem, etiam antequam cognoscat an appellatio sit iusta vel iniusta*⁵. Y el mismo autor, refiriéndose al caso de que aún no haya sido interpuesta la apelación y se haya dado la sentencia, afirma: *Porro etiam attentata sive innovata ante appellationem et post sententiam definitivam intra tempus a iure concessum, quo condemnatus appellare potest, revocanda sunt*⁶. Y con más extensión aún: *Si appellatum est a sententia definitiva, debet iudex appellationis, ante omnia, (exceptis casibus in quibus iura post sententiam prohibent appellare), penitus revocare non tantum ea quae post appellationem interpositam, sed etiam ea omnia, quae medio tempore, inter sententiam et appellationem, innovata fuissent, dummodo postea intra decem dies appellatum sit*⁷. Y no vale decir que esto lo afirman los autores apoyados en el principio "lite pendente"; expresamente lo refieren como en virtud del principio "Appellatione pendente". Así lo expone Pirhing: *Ratio est quia appellatio eximit appellantem a iurisdictione iudicis "a quo" quoad illam causam de qua pronuntiatum est, eamque suspendit, ideoque quod interim attentat, vel mutat, censetur factum a iudice incompetente*⁸. De donde aparece claro que la razón del atentado

³ c. 2, 31, C. II, q. 6.

⁴ c. 7 de *appellationibus*, II, 15, in VI.

⁵ O. c., lib. II, tit. 28, 261; REIFFENSTUEL: O. c., lib. II, tit. 28, 5, 129, 150; tit. 28, 7, 206; SCACIA: *De appellat. quaest.*, 13, n. 76 ss.; 91.

⁶ O. c., lib. II, tit. 28, 261.

⁷ O. c., lib. II, tit. 28, 8, 261; SCHMALGRUEBER: O. c., 4, tit. 28, 8, 108 y 122.

⁸ *Ibid.*

es la apelación hecha o que pudo hacerse durante el plazo legal. Pero no nos resistimos a traer otro texto más elocuente aún: *Ratio est quia appellatio in proxima potentia sive in habitu, idem operatur, quod appellatio actu interposita; nam paria censentur actu esse, sive exitere, vel esse in eo statu, quod proxime producatur in esse, et eiusdem rationis sunt, ius quod est in proxima spe, et quod est in re*⁹. Y Reiffenstuel dice: *Quia sicut post appellationem a definitiva nihil attentari debet, sic nec pendente iure, quod condemnato competit ad appellandum, scilicet usque ad decem dies*¹⁰. Igual doctrina en Covarrubias¹¹, Bouix¹².

De esta forma el principio “pendente appellatione” está en plena conformidad con el primero que exponíamos: “Dada la sentencia, el juez “a quo” deja de ser juez”. Bien claramente lo expone Pirhing: *Quod dictum est post sententiam definitivam finire litem, sive causam controversam, id verum est, saltem quoad instantiam iudicii, quia post latam sententiam, iudex functus est suo officio, et desinit esse iudex quoad causam, ideoque sententiam definitivam semel latam non potest corrigere vel revocare. Immo etiam post latam sententiam definitivam ea quae ad causam consequentiam spectant, seu ommissa supplere potest iudex, eodem die, non postea, ut si ommissis condemnare in expensas litis vel fructus restituendos*¹³. Y la misma doctrina trae Barbosa¹⁴.

3. Como hemos visto en esta serie de textos de canonistas, la doctrina es clara en el derecho antiguo. El principio “Appellatione pendente” tiene vigencia una vez que se ha publicado la sentencia y todo lo que haga el juez “a quo” desde ese momento y virtud de ese principio, es atentado, como principio general. No puede, pues, ser invocado el derecho antiguo para defender que los atentados cometidos por el juez “a quo” después de publicada la sentencia, no habiendo sido interpuesta la apelación o no habiendo sido aceptada, son atentados en virtud del principio “lite pendente”. Tanto la norma de las Decretales como la doctrina de los Comentaristas es clara en este punto y clara en cuanto a la misma ejecución de la sentencia como atentado.

Y no ha sido cambiada esta doctrina con el Código. Está perfectamente de acuerdo con el canon 1889. Este canon deja con toda validez los dos principios anteriores, como principios generales que son y aun reconociendo su vigencia, está justificado el canon 1889 porque dentro de lo general concreta lo particular en cuanto a la ejecución de la sentencia, concreta la nueva norma en cuanto a la apelación en *suspensivo* y en *devolutivo* con relación a la ejecución de la sentencia. El canon 1889 no entra en el significado del principio “appellatione pendente” sino que habla de la apelación en suspen-

⁹ O. c., lib. II, tit. 28, 261.

¹⁰ O. c., lib. II, tit. 28, 7, 207.

¹¹ *Opera*, Genova 1762, tom. 2, *practicarum quaestionum*, cap. 23, 2, 1.

¹² *Tractatus de iudiciis ecclesiasticis*, París 1855, tom. II, pág. 289.

¹³ O. c., lib. II, tit. 27, sect. IV, 86.

¹⁴ *Ius Pont. univers.*, Lugduni 1726, tom. I, lib. II, tit. 28, cap. 51.

sivo y de la apelación en devolutivo. Por eso no dice “Appellatio interposita” sino simplemente “appellatio in suspensivo” dejando la cuestión de si ha sido interpuesta y no aceptada o si no ha sido interpuesta pero podía serlo en tiempo legal. En cambio, en otros cánones emplea el legislador las expresiones “appellatione facta” (cánones 1855, 2; 1887; 1890). Por tanto, no puede decirse que el canon 1889, 1, supone que la suspensión de la competencia del juez “a quo”, en cuanto a la ejecución de la sentencia, procede de la interposición de la apelación ya hecha y aceptada o hecha pero sin aceptar. El canon no toca esto. Supone el principio general con su significado en el derecho antiguo que no deroga ni reordena de nuevo toda esta materia.

Y así lo entienden hoy también los autores que tratan esta cuestión. Roberti lo hace en estos términos: *Cum pendente termino appellationis, sententia nequeat executione mandari, ipse terminus executionem suspendere dicendus est, et interpositio appellationis suspensionem protrahere ad integrum processum appellationis, consequenter litis pendentia perdurat sive ob terminum sive ob appellationem*¹⁵. Lega-Bartocetti entiende que el principio “pendente appellatione nihil innovetur” tiene aplicación *statim ac pronuntiata est sententia iudicialis definitiva a qua appellari potest*¹⁶. Della Roca también es conforme con esta doctrina¹⁷.

4. Otro punto que hemos de aclarar, antes de dar respuesta directa a las preguntas que nos hicimos al principio es el alcance que tiene la apelación en su doble efecto *suspensivo* y *devolutivo*.

El canon 1889 describe claramente el significado de cada uno de estos dos efectos en cuanto a la ejecución de la sentencia. La apelación en suspensivo suspende la ejecución de la sentencia, es decir, el juez que dio la sentencia, no puede ejecutarla, “pendente appellatione” en el sentido que hemos expuesto. Según el mismo canon, la norma general es que toda apelación es en suspensivo, la apelación en devolutivo no la suspende, es excepción a la norma general y debe ser mencionada *expresamente* en el derecho.

Conviene dejar claro desde este momento que en dos casos, distintos los dos, se puede dar la ejecución de la sentencia “pendente apelatione”, según el canon 1889. Un caso es el de la apelación en devolutivo y otro el comprendido en el canon 1917, 2. Así mismo es necesario no confundir estos dos casos como si en los dos se tratara de apelación en devolutivo. Si así fuera, el canon 1889 no tenía por qué haber citado este canon 1917 expuesto ya el principio que rige la apelación en devolutivo, y además, sería necesario que en el mismo canon 1917 se dijera que se trata de apelación en devolutivo como se hace con el canon 2243, 2. Por otra parte, si en el canon 1917 se tratara de apelación en devolutivo, el juez “a quo” podría ejecutar provisionalmente la sentencia en cualquier momento aun estando ya avanzado el proceso de apelación, es decir, nos llevaría a conclusiones insostenibles.

¹⁵ *De processibus*, II, pág. 208.

¹⁶ *O. c.*, pág. 105.

¹⁷ *Instituciones de Derecho procesal canónico*, 1950, pág. 340.

Por otra parte, un simple análisis del canon 1917 nos hace ver que se trata de un principio general: La sentencia solamente puede ejecutarse cuando pasa a cosa juzgada o cuasi juzgada. La excepción a este principio es la ejecución provisional. Puede, pues, ser ejecutada la sentencia provisionalmente no porque haya una apelación en devolutivo, sino porque es excepción a la norma general puesta expresamente por el legislador aun tratándose de apelación en suspensivo, en los casos que prescribe el canon.

5. Pero aquí puede traernos confusión la práctica del derecho antiguo y a algunos se la ha traído. De ahí la necesidad de que hagamos otra pequeña excursión a aquellos autores.

Para los autores antiguos, siendo bastante numerosas las apelaciones en devolutivo, el juez "a quo" podía ejecutar la sentencia a pesar de la apelación. Y aun cuando ésta estuviera ya en curso. Entonces regía el principio de que el juez "a quo" podía hacer cuanto iba dirigido *ad faciliorem appellationis expeditionem*¹⁸. Reconocían la contradicción que se daba entre el principio "Appellatione pendente nihil innovetur" y el hecho de que el juez "a quo" pudiera ejecutar la sentencia en el caso de la dote, de alimentos, etcétera¹⁹. Por otra parte era también principio que el juez "a quo" "potest innovare quando tendit ad faciliorem exitum appellationis"²⁰, *dummodo non se inmiscet causae appellationis et de illa cognoscat*²¹, o *dummodo non se inmiscet de iustitia appellationis*²², o *dummodo iudex "a quo" se absteineat a cognitione ipsius causae appellationis*²³. También es cierto que el juez "ad quem" se lo podía prohibir²⁴. De este modo casi todas las sentencias podían ser ejecutadas por el juez "a quo" aun cuando estuvieran apeladas si esto tendía a hacer más expedita la apelación.

De donde deducimos que la apelación en gran número de causas, solamente era en suspensivo en cuanto al conocimiento de la causa, pues todo lo demás, si conducía a que el proceso de apelación resultase más fácil y expedito, podía hacerlo el juez "a quo", y en este sentido podía ejecutar la sentencia en los casos establecidos por el derecho, siendo muy pocos los casos en que no se podía suspender la ejecución de la sentencia con la apelación.

Bernard Van Espen lo explica del modo siguiente: *Ordinarius appellationis effectus est sistere executionem sententiae iudicis "a quo", omnemque eius vim suspendere, ac integram causae cognitionem ad iudicem superiorem defferre... Verum quia haec sententiarum et decretorum suspensio occasione*

¹⁸ BARBOSA: *O. c.*, lib. II, *Decret. de appellat.*, tit. 28, cap. 17, 3; PIRHING: *O. c.*, lib. II, tit. 28, n. 222; SANIG: *Ius canonicum*, lib. II, cap. 8, 2; GONZÁLEZ TÉLLEZ: *Comment. in lib. Decret.*, Maceratae 1756, lib. II, cap. 17; REIFFENSTUEL: *O. c.*, lib. II, tit. 28, 7, 220.

¹⁹ BARBOSA: *O. c.*, lib. II, *Decret. de appellat.*, tit. 28, cap. 59, 15.

²⁰ BARBOSA: *O. c.*, lib. II, tit. 28, cap. 73, 27.

²¹ PIRHING: *O. c.*, lib. II, tit. 28, n. 222; SANIG: *O. c.*, lib. II, cap. 8, 2.

²² PIRHING: *O. c.*, lib. II, tit. 28, 223; GONZÁLEZ TÉLLEZ: *O. c.*, lib. II, cap. 17.

²³ REIFFENSTUEL: *O. c.*, lib. II, tit. 28, 7, 220.

²⁴ PIRHING: *O. c.*, lib. II, tit. 28, 111.

appellationis inteiectae frequenter plurima atque gravissima ponit incommoda, visum fuit, nonnullis appellationibus effectum hunc suspensivum nominatim adimere, non obstante appellatione; quamvis ab iisdem sententiis appellatio quoad effectum devolutivum perimatur. Y cita, como ejemplos, las sentencias de corrección, excomunión, de oficios, de defloración y semejantes privilegiadas²⁵.

De donde se ve claro que en el derecho antiguo había sentencias en las que podía ser necesario dar la ejecución aun cuando estuviesen apeladas con apelación en suspensivo. Lo exigía el salvar los graves inconvenientes que se seguirían de no ejecutarlas. Y en este sentido, en cuanto que el juez "a quo" podía ejecutarlas, a pesar de estar incluidas en el principio "pendente appellatione", su apelación podía llamarse en devolutivo. Y solamente lo eran en suspensivo en cuanto que el juez "a quo" no podía intervenir en el conocimiento de la causa. Y en este caso eran muchas las sentencias que admitían la apelación en devolutivo. Por de pronto todas aquellas que pudiesen exigir una ejecución urgente. Y así está de acuerdo esta doctrina con el principio también claro en el derecho antiguo de que la apelación no suspendía totalmente la jurisdicción del juez "a quo" pues podía obrar en todo aquello que hiciese más fácil y expedita la apelación. Bien claramente viene a exponer toda esta cuestión Bernard: *Regula ab omnibus, uno consensu recepta est: pendente appellatione nihil posse innovari seu attentari, sed omnia in eodem statu in quo erant tempore introducendae, vel introductae appellationis, quandiu de ea cognoscitur, manere oportere*²⁶. Y el principio general queda limitado con la excepción: *Non ideo omnino tollitur iurisdictio iudicis "a quo" sed potius suspenditur eatenus scilicet ut nihil queat in causa decernere aut facere quod appellationi aut appellanti praeiudicare possit, nequaquam vero suspenditur iurisdictio quoad ea quae tendunt ad faciliorem expeditioremque appellationis prosecutionem; circa quae iurisditionem suam adhuc retinet iudex "a quo" etiam post interpositam et acceptam appellationem*²⁷. Así puede obligar al condenado a que prosiga la apelación, a que no cometa atentados, puede absolverle de la excomunión si por él fue decretada, pero no puede intervenir en el conocimiento de la causa²⁸. Y concretamente cita el caso de la ejecución de la sentencia en cuanto a los alimentos en las causas matrimoniales: *Quod in causa matrimoniali etiam sub cautione obtinebit, quotiescumque pars appellata paupertatem iuraverit*²⁹.

Schmalgrueber se hace esta misma pregunta: ¿Qué puede hacer el juez "a quo", estando apelada la sentencia, sin que cometa atentado? Y contesta diciendo que puede citar al apelante para oírle sobre la revocación del gravamen impuesto, y entonces el apelante está obligado a comparecer ante el Tribunal "a quo"; y si no comparece, el juez "a quo" puede revocar el gra-

²⁵ *Ius universum*, Matriti 1791, pars III, tit. 10, *De appellat.*, cap. 3, 13 y 15.

²⁶ *O. c.*, cap. 3, 1.

²⁷ *O. c.*, cap. 4; REIFFENSTUEL: *O. c.*, lib. II, tit. 28, 8, 253.

²⁸ *O. c.*, 12.

²⁹ *O. c.*, 15 ss.; 31.

vamen y proceder libremente en la causa como se procede contra el contumaz, como si no hubiese apelado³⁰. Así mismo puede “pendente appellatione” prefiar un término al apelante, advertir a las partes que no cometan atentados, y si los cometieren, *super his attentatis summarie cognoscere. et quae male attentata vel innovata sunt, revocare... Ratio est quia haec omnia ad faciliorem exitum causae appellatae tendunt*³¹. Y así mismo puede proceder a la ejecución de la sentencia³².

De todo ello llegamos a la conclusión de que en el derecho antiguo la ordenación de toda esta materia en cuanto al poder del juez “a quo” “pendente appellatione” era bastante diferente a la que se va cambiando y preparando en la nueva disciplina que adoptará el Código sobre este punto.

6. Efectivamente, hay un momento en que en la práctica procesal se introduce una novedad juntamente con la doctrina y esta innovación va a ser de importancia. En toda la doctrina de los antiguos canonistas para nada se menciona la *ejecución provisional* de la sentencia. No existía este instituto, no era conocido y no tenían necesidad de él ante el abundante número de apelaciones en devolutivo que existían entonces. El juez “a quo” podía ejecutar la sentencia aun estando apelada siempre que esto tendiese a hacer más fácil y expedita la apelación; de lo contrario, se seguirían graves perjuicios en los casos en que urge esta ejecución.

Pero en las “Regulae Rotae” (A.A.S 1910, pág. 848), en el párrafo 227, se habla por vez primera de *ejecución provisional* de la sentencia. Y se refiere a algunas de las sentencias que el juez “a quo” venía ejecutando por considerarse que esto venía a hacer el proceso de apelación más expedito. Así el párrafo 84 de las mencionadas Reglas dice cuándo se puede dar esa ejecución provisional: *Quoties conforme sit iuri commune, et praesertim cum agitur de remediis provisionalibus, de cautionibus aut de iudiciis possessoriis, aliisque quae alimenta aut mercedes respiciunt.*

Y aun cuando dura la mentalidad de que la ejecución de la sentencia en estos casos la viene decretando el juez “a quo” aun estando la causa en apelación, el párrafo 228 de las Reglas expresamente introduce esta novedad: *Quando executio provisoria, in primo gradu expetita, concessa non fuerit, peti potest per incidentalem instantiam et per memoriale in appellationis iudicio.* Era una novedad en la práctica procesal que surgía en el momento en que surgía la llamada ejecución provisional de la sentencia.

Pero todavía el influjo de la mentalidad antigua dura y se quiere entender que aun en el caso de que se pueda acudir al juez “ad quem” debe ser en el caso en que antes se haya procedido o acudido al juez “a quo” y éste la haya denegado. Así en un caso concreto se había pedido a la Signatura apostólica la nulidad de un decreto de ejecución provisional de la sentencia dado por el Ponente del Turno de apelación de la Rota Romana. Una de las razones

³⁰ O. c., 4, tit. 28, 7, 108.

³¹ O. c., 4, tit. 28, 7, 115.

³² O. c., 4, tit. 28, 7, 117.

que se daban de esta nulidad era que se había concedido esta ejecución provisional sin que antes se hubiera pedido al juez "a quo" cuando la causa estaba en primer grado. Y se quería apoyar la petición de nulidad en el párrafo 228 de las Reglas, interpretación que obedecía, sin duda, al influjo del derecho antiguo.

La respuesta que dio la Signatura es que no debe entenderse el mencionado párrafo en el sentido de que "cuando no se ha pedido la ejecución en el primer grado, tampoco puede pedirse en el de apelación"³³.

Entonces el sentido verdadero de las Reglas es que cuando está la causa en apelación, se haya pedido o no la ejecución de la sentencia al juez "a quo" cuando estaba en Primera Instancia, se debe pedir la ejecución provisional de la sentencia al juez "ad quem". Y en este sentido tiene razón Roberti cuando cita esta respuesta de la Signatura Apostólica para confirmar su afirmación: *Iudex qui sententiam tulit, in ipso tenore sententiae, per causam provisionalem, potest executionem provissoriam iubere. Post latam sententiam, executionem provissoriam concedere vel concessam revocare, aut gravioribus cautionibus munire pendet a iudice appellationis, apud quem, uti potest, evolvitur nova phasis processus, si sententia executioni provissoriae subiecta per appellationem impugnetur*³⁴.

El cambio en la práctica procesal se estaba iniciando con las "Regulae Rotae". El Código con una nueva reordenación de la materia perfeccionará la doctrina y la práctica.

7. Llegados a este momento, es de interés advertir cómo el Código ha hecho una nueva reordenación de toda esta materia. Noval sintetiza así la disciplina antigua en este punto: a) *Sententia statim executioni debebat mandari nisi obstaret appellatio in suspensivo*; b) *Quamplures erant appellationes in devolutivo tantum, et ideo non fuit necessaria executio sententiae provissoria quae inducitur a Codice*; c) *Executio facienda erat inmediate in actionibus realibus, intra quadrimestre in personalibus*³⁵.

Nosotros podríamos sintetizar en este cuadro comparativo las diferencias entre la ordenación del derecho antiguo y la del Codex.

En el Derecho del Codex

- I. La apelación en devolutivo es excepción a la regla general y debe ser mencionada expresamente en el Derecho (c. 1.889)³⁶.

En el Derecho antiguo

- I. Eran muchas las apelaciones en devolutivo.

³³ *In Manilen.*, 28 de Abril de 1917, AAS 10 (1918) 41.

³⁴ *O. c.*, págs. 287-288.

³⁵ *Comment. Codicis iuris canonici*, Romae 1920, pars prima de iudiciis, pág. 457.

³⁶ ROBERTI tiene esta afirmación: "Hic effectus iure romano, communi ac canonico latissime patuit; sed paulatim coarctatus fuit et in Codice arctioribus finibus obstrigitur", *O. c.*, pág. 209; cf. GOYENECHÉ: *De processibus*, II, pág. 184.

- | | |
|--|---|
| <p>II. Publicada la sentencia, el juez "a quo" solamente puede hacer lo que le permite expresamente el Derecho (c. 1.878) en cuanto a los remedios contra la sentencia, y (c. 1.883) en cuanto al plazo de prosecución de la apelación³⁷.</p> | <p>II. Aun dándose la apelación en suspensivo, ésta se entiende en cuanto al conocimiento de la causa, pues en todo lo demás el juez "a quo" conservaba la jurisdicción para hacer todo cuanto favorecía la expedita prosecución del proceso de apelación, como era la ejecución de la sentencia.</p> |
| <p>III. Se suspende totalmente la jurisdicción del juez "a quo" estando pendiente la apelación³⁸.</p> | <p>III. No se suspendía totalmente la jurisdicción del juez "a quo" estando pendiente la apelación.</p> |
| <p>IV. La ejecución provisional de la sentencia, estando la causa en apelación, se pide al juez "ad quem" y éste la concede³⁹.</p> | <p>IV. La ejecución de la sentencia, estando la causa en apelación, la daba el juez "quo" y a él había que pedirla.</p> |
| <p>V. La ejecución provisional de la sentencia se explica como excepción a la norma general, según la cual, sólo puede ejecutarse la sentencia que pasa a ser cosa juzgada o cuasi juzgada (c. 1.917)⁴⁰.</p> | <p>V. La ejecución de la sentencia por el juez "a quo" estando la causa en apelación, se explicaba porque en cuanto a este punto la apelación no había sido en suspensivo, sino en devolutivo.</p> |
| <p>VI. Se introdujo en el Derecho procesal la llamada "ejecución provisional" de la sentencia (c. 1.917).</p> | <p>VI. No existía la llamada ejecución provisional de la sentencia.</p> |

8. Ante esta exposición general del derecho antiguo y del comprendido en el Código, que hemos estudiado en lo que llevamos escrito en este artículo, es conveniente recordar que "los cánones que reproducen íntegramente el derecho antiguo, deben valuarse conforme a ese derecho, y por lo tanto, han de interpretarse según la doctrina de autores de nota" (can. 6, 2); pero, a la vez, no podemos olvidar que los cánones que sólo en parte concuerdan con el derecho antiguo, han de valuarse conforme a éste en la parte que con él convienen; pero en aquella otra parte en que con el mismo discrepan, se han de juzgar según su propio sentido" (can. 6, 3). Y no está

³⁷ Bien distinto era el principio a que se atenían en el Derecho antiguo: El juez "a quo" podía hacer cuanto tendiese a hacer más fácil y expedita la apelación. Cf. nota 36.

³⁸ WERNZ-VIDAL: *O. c.*, VI, pág. 579; LEGA-BARTOCETTI: *O. c.*, II, pág. 1005.

³⁹ Este cambio fue iniciado con las "Regulae Rotae" y después del Código es práctica común. Cf. SRRD 21 (1929), dec. 21, pág. 193, c. PARILLO; 17 (1925), dec. 6, pág. 47, c. FLORCZAK.

⁴⁰ MUÑIZ: *Procedimientos eclesidásticos*, III, pág. 507. Así la considera una sentencia del Tribunal de la Rota Española del 1 de Junio de 1973, c. DEL AMO, publicada en la "Revista de Derecho Privado", Sep. 1974, pág. 769, n. 6.

demás recordar que en la duda de si alguna prescripción de los cánones discrepa del derecho antiguo, no hay que separarse de éste (can. 6, 4).

El Código, generalmente, conserva la disciplina antigua de modo que se ha de tener como "res odiosa" la corrección o innovación del derecho antiguo y ésta no se presume sino que ha de ser probada con sólidos argumentos. Pero cuando es clara la corrección o innovación, estos cánones innovadores ha de ser interpretados según las normas contenidas en los cánones 17-20⁴¹.

El recuerdo de esta doctrina de los primeros cánones del Código consolida cuanto tenemos dicho sobre la vigencia de los principios "pendente appellatione nihil innovetur"; "el juez deja de ser juez una vez que ha dado la sentencia". Esta doctrina se ha conservado plenamente, no hay más que leer los autores actuales.

Y a la vez, el recuerdo de esta doctrina del Código nos confirma en cuanto tenemos dicho sobre la ejecución provisional de la sentencia, sobre la apelación en suspensivo y en devolutivo. Puntos estos que en parte concuerdan con derecho antiguo y en parte discrepan, como hemos demostrado claramente.

9. Y ahora llega el momento de dar una respuesta directa a los interrogantes que nos propusimos al principio de este artículo.

Teniendo en cuenta que los principios "pendente appellatione nihil innovetur"; "una vez dada la sentencia, el juez deja de ser juez" tienen plena vigencia en nuestro derecho, según lo que llevamos expuesto, es verdad que han de ser armonizados con la norma expresamente contenida en el Codex, como lo eran en el derecho antiguo con las normas vigentes entonces.

Pero ateniéndonos a la norma codificada, no hay motivos para limitar estos principios más de lo que se dice en ella. Y no encontramos norma que los limite en eficacia hasta permitir que el juez "a quo" siga teniendo jurisdicción para ejecutar la sentencia después de haber sido apelada, o sin haber sido interpuesta la apelación pero en tiempo en que podía ser interpuesta; como tampoco encontramos una norma que limite la eficacia de estos principios al permitir una apelación en suspensivo para numerosos casos. Antes al contrario, en la norma del Código encontramos que corrige estas limitaciones de los principios generales restringiendo la apelación en devolutivo y reconociendo a la apelación su fuerza principal de suspender la jurisdicción del juez "a quo". Del mismo modo corrige la doctrina, según la cual, la ejecución de la sentencia, estando pendiente la apelación, era siempre una consecuencia de la apelación en devolutivo, para encuadrarla también en el marco de una excepción al principio general de ejecución de sentencia cuando ésta pasa a ser cosa juzgada o cuasi juzgada, manteniéndose la apelación en suspensivo.

Y comparando y uniendo la vigencia plena de los principios jurídicos

⁴¹ DAMEN, C.: *De vitanda iuris correctione ad normam Codicis*, en "Apollinaris" 5 (1932) 54 ss., 199 ss.

alegados a la disciplina codicial, el resultado es claro: El juez “a quo” no puede ejecutar la sentencia provisionalmente, estando pendiente la apelación en el sentido de significado pleno que hemos explicado. Cometería un atentado. Ha dejado de ser juez. Es al juez “ad quem” a quien toca esta actividad juntamente con toda la fase del proceso.

Algún autor que sostiene que el juez “a quo” puede dar la ejecución provisional de la sentencia, “pendente appellatione”, quiere apoyar su opinión en que la apelación ha sido en devolutivo en cuanto a este punto, como era en el derecho antiguo. Pero ante la exposición que hemos hecho, no puede sostenerse esta doctrina. El canon 1889 es claro y tajante: la apelación en devolutivo exige ser mencionada expresamente en la norma.

El argumento del derecho antiguo: que el juez “a quo” podía hacer, “pendente appellatione” todo lo que condujese a que el proceso de apelación fuese más fácil y expedito, hoy tropieza con la norma del canon 1889 que prohíbe la ejecución de la sentencia cuando la apelación ha sido en suspensivo y entiende que en el caso del canon 1917 no se ha dado la ejecución en devolutivo pues le cita como contradistinto del caso de apelación en devolutivo y no es mencionado en la norma como caso de apelación en devolutivo, cosa que hace con el canon 2243; así mismo tropieza con la práctica de la Jurisprudencia rotal que admite la ejecución de la sentencia hecha por el juez “ad quem” y con la doctrina común de los autores que afirman con unanimidad que la misión del juez “a quo” ha terminado una vez publicada la sentencia.

La excepción de que habla el canon 1917, 2, de ningún modo puede ser considerada como un caso de apelación en devolutivo ateniéndonos a la doctrina del Código, así como lo era en el derecho antiguo. Actualmente, a tenor del canon 1889, como tantas veces venimos repitiendo, la apelación en devolutivo ha de ser mencionada expresamente en la norma (cfr. can. 2243). La explicación obvia, tanto a la luz del canon 1889 como a la del 1917, es considerar el caso de ejecución provisional de la sentencia como una excepción del principio general que es éste: “Solamente puede ser ejecutada la sentencia que pasa a ser cosa juzgada o cuasi juzgada” (can. 1917, 1). Como excepción a este principio general está el caso de ejecución provisional de la sentencia (can. 1917, 2), y no porque la apelación sea en devolutivo, cosa que no puede admitirse, según el Código, si no ha sido mencionado expresamente por la norma (can. 1889), sino porque el legislador ha creído conveniente para el bien común poner esta excepción aun existiendo la apelación en suspensivo. Si se tratara de apelación en devolutivo, no tenía por qué mencionar el canon 1917 este caso pues ya se sabe que cuando se da la apelación en devolutivo, puede ser ejecutada la sentencia. Además, el canon 1889 contrapone como dos casos distintos con posibilidad de ejecutar la sentencia sin haber pasado a ser cosa juzgada: el de apelación en devolutivo y el comprendido en el canon 1917. Si son distintos, no tenemos por qué identificarlos.

A la luz de la explicación del derecho antiguo, es decir, de que el juez “a quo” puede ejecutar la sentencia “pendente appellatione” porque la apelación en cuanto a este punto ha sido en devolutivo, también habría que decir que podría ejecutarla en cualquier momento en que se encuentre el proceso de apelación. Pero hoy esto nadie lo sostendría. Y entonces no encuentra base jurídica el decir que solamente podría ejecutarla antes de haber sido interpuesta la apelación o antes de haber sido aceptada por el juez “ad quem”. Si la razón de hacerlo es la apelación en devolutivo, ésta sirve para todo momento del proceso de apelación.

A nosotros nos parece esta conclusión tan clara que no hay lugar a dudas tratándose de “iure condito”. Otra cosa sería si se tratara de introducir “novum ius” o cuestión de “iure condendo”. Así Roberti llega a esta conclusión: *Si iudex “a quo” durante termino vel processu appellationis sententiam exequi praesumat, attentatum committit de quo cognoscit iudex appellationis*⁴². Para este autor la razón de haberse cometido el atentado no es que tenga vigencia solamente el principio de “lite pendiente” sino que comete atentado por tener vigencia los dos principios a que nos venimos refiriendo el de “appellatione pendiente” y el de que “el juez deja de ser juez una vez dada la sentencia”; es decir, el juez “a quo” no tiene ya jurisdicción, de ahí que de los atentados deba resolver ya el juez “ad quem”. Y Regatillo afirma: *Qui tulit sententiam, potest in ipsa executionem provisoriam iubere; post latem, concessio et revocatio executionis et cautiones pertinent ad iudicem superiorem*⁴³. Lo mismo afirma Goyeneche.⁴⁴

Es verdad que estos autores citan a Roberti el cual expone en términos tajantes la cuestión: *Iudex qui sententiam tulit, in ipso tenore sententiae, per clausulam provisionalem, potest executionem provisoriam iubere. Post latam sententiam, executionem provisoriam concedere, vel concessam revocare, aut gravioribus cautionibus munire pendet a iudice appellationis, apud quem, uti potest, evolvitur nova phasis processus, si sententia executioni provisoriae subiecta per appellationem impugnetur*⁴⁵. Y es aquí cuando cita este autor a la Signatura Apostólica en su respuesta del 28 de abril de 1917. Ya hemos dicho cómo el autor tiene razón para sacar el argumento pretendido de esta citación.

Y Wernz-Vidal no contradice a estos autores. Afirma el principio ya conocido de que *per solam devolutionem iurisdictio in iudice, a quo appellatum est, non suspendatur, cum ad ipsam executionem sententiae a se latae procedere possit*⁴⁶, pero a renglón seguido añade que es necesario, para admitir la apelación en devolutivo, que expresamente se diga en el derecho.

⁴² O. c., pág. 208.

⁴³ *Institutiones iuris canonici*, Santander 1951, II, pág. 357.

⁴⁴ O. c., pág. 299.

⁴⁵ O. c., pág. 288.

⁴⁶ O. c., pág. 580.

Cappello no concreta este punto pero tampoco contradice a la doctrina clara de Roberti. Puede entenderse totalmente conforme⁴⁷.

Della Roca distingue claramente la doctrina del canon 1889 y cita los casos en que se da la apelación en devolutivo así como el caso de la ejecución provisional (can. 1917) como distinto⁴⁸. Sipo expresamente afirma que el caso de ejecución provisional de la sentencia ha de entenderse cuando se ha dado la apelación en suspensivo⁴⁹. Coronata cita a Roberti en esta cuestión, lo cual indica que está conforme con su doctrina⁵⁰. La doctrina de Lega-B., ya nos es conocida en este punto.

Y aun cuando para el tiempo comprendido entre la publicación de la sentencia y la apelación no rigiera el principio de "pendente appellatione" (cosa que habría que probar con argumentos sólidos), tampoco podría ejecutarla porque se mantendría vigente el principio de "lite pendente". El juez "a quo" terminó ya con su misión y el canon 1917 no le confiere poder para ejecutar la sentencia una vez publicada la misma. Este canon solamente afirma que puede ser ejecutada la sentencia, pero ha de entenderse por el juez que tenga la jurisdicción, él no concede jurisdicción, ni hace que no sea atentado la ejecución hecha por un juez sin jurisdicción.

Es razón solamente aparente el decir que, una vez dada la sentencia y no habiendo sido interpuesta la apelación, en este intervalo de tiempo, puede presentarse como urgente la necesidad de ejecutar la sentencia y, como aún no tiene jurisdicción el juez "ad quem", es al juez "a quo" a quien habría que acudir. Decimos que la razón solamente es aparente pues con esa misma urgencia se puede apelar y en la misma apelación pedir la ejecución provisional con carácter urgente. Y de todos modos, la razón de urgencia podría servir para un "ius condendum" solamente.

Ni tampoco es argumento en favor de que el juez "a quo" puede ejecutar la sentencia cuando aún no ha sido apelada, el hecho de que si no se llega a apelar, es éste quien la ejecuta. Efectivamente, así lo ordena el canon 1917. Y esto sucede no porque antes tuviera jurisdicción, sino porque ahora vuelve a él la jurisdicción.

Y aquí queremos terminar nuestro trabajo. Estimamos que han quedado claros unos puntos que han de servir para que en la práctica procesal no intenten los profesionales pedir al juez "a quo" aquello que en realidad no puede conceder. Sencillamente creemos haber dejado claro lo siguiente:

1. El principio "appellatione pendente nihil innovetur" tiene vigencia desde el momento en que ha sido publicada la sentencia y, en consecuencia, serán atentados cuanto haga el juez "a quo" en perjuicio de las partes. Este era el valor del principio mencionado en el derecho antiguo. Y buena prueba de que continúa su vigencia, al ser promulgado el Código, es que las fuentes

⁴⁷ *Summa iuris canonici*, III, pág. 291.

⁴⁸ *Manual de Derecho canónico*, Madrid, II, pág. 132.

⁴⁹ *Enchiridion iuris canonici*, Romae 1960, pág. 770.

⁵⁰ *Institutiones iuris canonici*, Romae 1941, III, pág. 330.

citadas por éste en el canon 1889 son precisamente las que hemos expuesto en nuestro trabajo para confirmar esta verdad. En estas fuentes se contiene el principio y la práctica que se ha seguido, la cual es citada con abundancia.

2. Con el Código ha cambiado la doctrina en cuanto al número de apelaciones en devolutivo. También aquí las fuentes citadas en el párrafo segundo del canon 1889 nos dicen lo que ha querido tomar el Legislador de la práctica procesal antigua y lo que ha querido abandonar. La doctrina contenida en las fuentes citadas manda restituir la posesión adjudicada por ejecución de sentencia apelada. Y expresamente se citan ya las "Regulae Rotae".

3. La admisión de la "ejecución provisional de la sentencia" indica el nuevo rumbo que toma esta práctica con el Código. En las fuentes solamente se citan las "Regulae Rotae" dando a entender que la doctrina anterior sobre este punto es abandonada.

FELICIANO GIL DE LAS HERAS