

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSTGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATOLICA**
DEL PERÚ

**LA RACIONALIDAD FUNCIONAL
DE LA GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA**

Tesis para optar el título de Magister en Derecho
con mención en Derecho Procesal

WILDER TUESTA SILVA

ASESOR
PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

JURADO
JUAN MORALES GODÓ
GIOVANNI PRIORI POSADA
PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

LIMA - PERÚ
2010



LA RACIONALIDAD FUNCIONAL DE LA GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

Tesis para optar el título de Magister en Derecho
con mención en Derecho Procesal

Wilder Tuesta Silva

RESUMEN EJECUTIVO ¿Proceso con una sola instancia o proceso con dos instancias? Una posición favorable a la pluralidad de instancias señalaría que, constitucionalmente, ella es un principio y una garantía de la función jurisdiccional. También, es posible cuestionar la doble instancia achacándola ser la culpable de la mora judicial o advirtiendo los orígenes autoritarios de la doble instancia. Ambas respuestas, a nuestro parecer, resultan insatisfactorias.

Tal insatisfacción fue la motivación para estudiar el presente tema. Ambas perspectivas presentan serias limitaciones. La validez jurídica (validez sustantiva) en la actual Teoría del Derecho, presenta determinadas exigencias materiales que van más allá del texto de la ley o de la misma letra de la Constitución inclusive. De allí que no resulta del todo satisfactorio invocar el texto constitucional para estar a favor de la doble instancia. Precisamente por ello, nuestro objetivo es ensayar nuevos argumentos que partan de la indagación respecto a cuáles son las bases de un proceso jurisdiccional desde la perspectiva del Estado Constitucional.

La presente tesis indaga sobre la racionalidad funcional de la doble instancia dentro de una perspectiva procesal diseñada bajo las exigencias del Estado Constitucional de Derecho. Desde tal perspectiva se pretende buscar tanto *más allá* de la letra de la Constitución como *más acá* de los lejanos orígenes históricos de la doble instancia y preguntarnos sobre la funcionalidad de la doble instancia hoy. Sólo desde esta perspectiva es posible evidenciar la vinculación intrínseca de la doble instancia con la obligación de motivación de las resoluciones judiciales o con el control del poder como instrumento intrasistémico dentro del ejercicio de la función jurisdiccional o con la racionalidad funcional que se le debe exigir al proceso. Finalmente se indaga sobre el contenido constitucionalmente protegido de la doble instancia, sus restricciones para luego terminar con algunas anotaciones críticas sobre la actual regulación del recurso de apelación.



INDICE

| | |
|---|-----------|
| I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE TESIS | 7 |
| II. OBJETIVO DE LA TESIS | 9 |
| III. INSTANCIA ÚNICA O DOBLE INSTANCIA | 11 |
| 3.1. <i>Nota preliminar.....</i> | <i>11</i> |
| 3.2. <i>Argumentos en contra de la doble instancia</i> | <i>14</i> |
| 3.3. <i>Argumentos a favor de la doble instancia</i> | <i>17</i> |
| 3.4. <i>Análisis de los argumentos a favor y en contra</i> | <i>19</i> |
| 3.4.1. La necesidad de contextualizar históricamente los argumentos..... | 19 |
| 3.4.2. La desvalorización de la primera instancia y la ausencia de reconocimiento constitucional expreso | 23 |
| 3.4.3. Celeridad y rigor procesal. La ficción del dilema: <i>intereses excluyentes o</i> <i>intereses complementarios.....</i> | <i>28</i> |
| 3.4.4. La ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia como remedio contra apelaciones frívolas | 32 |
| 3.5. <i>Conclusión.....</i> | <i>43</i> |
| IV. FUNDAMENTOS DEL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA MÍNIMA EXIGIBLE EN TODO PROCESO JURISDICCIONAL..... | 47 |
| 4.1. <i>Nota preliminar.....</i> | <i>47</i> |
| 4.2. <i>Concepción del Derecho, modelo de proceso y derecho al recurso</i> | <i>48</i> |
| 4.3. <i>El recurso como instrumento de control del poder jurisdiccional de los jueces</i> | <i>55</i> |
| 4.4. <i>La revisión por instancia distinta como instrumento de “control de calidad”</i> | <i>57</i> |
| 4.5. <i>Competencia por razón de grado y carga procesal.....</i> | <i>60</i> |
| 4.6. <i>Derecho al recurso y derecho de defensa</i> | <i>61</i> |
| 4.7. <i>La motivación de las resoluciones judiciales y su revisión</i> | <i>62</i> |
| 4.8. <i>La racionalidad instrumental de la ley procesal y derecho al recurso.....</i> | <i>66</i> |
| 4.9. <i>Generalización del derecho al recurso contra las decisiones judiciales.....</i> | <i>70</i> |
| 4.10. <i>Conclusión</i> | <i>79</i> |
| V. CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO AL RECURSO.... | 81 |
| 5.1. <i>Nota preliminar.....</i> | <i>82</i> |

| | |
|---|------------|
| 5.2.La doble instancia como principio | 85 |
| 5.3.¿La pluralidad de instancias supone nuevo grado de jurisdicción (novum iudicium) o sólo la simple revisión del acto impugnado?..... | 88 |
| 5.4.Doble instancia como contenido constitucional del derecho a la pluralidad de instancias | 93 |
| 5.5.La apelación no requiere, en todos los casos, de un órgano jerárquicamente superior ... | 97 |
| 5.6.Obligación de los órganos jurisdiccionales para inaplicar requisitos excesivos y a que actúen en función del principio pro actione..... | 101 |
| 5.7.La apelación proscribire la reformatio in peius. | 106 |
| 5.7.1.Fundamento de la proscripción de la reformatio in peius | 106 |
| 5.7.2.¿Pueden existir excepciones a la prohibición de la reformatio in peius? | 108 |
| 5.8.Doble instancia y la ejecución inmediata de la sentencia impugnada | 112 |
| 5.9.- Conclusión | 118 |
| VI. RESTRICCIONES A LA GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA..... | 120 |
| 6.1. Nota preliminar..... | 120 |
| 6.2.La doble instancia en el recurso de nulidad de laudos. Las particularidades de la pretensión de nulidad de laudo | 121 |
| 6.2.1.Caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C. | 124 |
| 6.3.El pronunciamiento sobre el fondo, en los casos de recurso de agravio en procesos en los que se ha producido rechazo in límine..... | 126 |
| 6.4.- Conclusión | 129 |
| VII. ANOTACIONES CRÍTICAS SOBRE LA ACTUAL REGULACION DE LA APELACIÓN CIVIL | 130 |
| 7.1. Nota preliminar..... | 130 |
| 7.2.La exigencia de fundamentar el recurso y expresar el agravio..... | 131 |
| 7.3.Las preclusiones en la segunda instancia | 133 |
| VIII. BIBLIOGRAFIA..... | 137 |

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE TESIS

Se ha afirmado que este es el tiempo de los derechos (Norberto BOBBIO, 1991). Siendo así, hoy más que antes, consideramos que es ineludible pensar al proceso como un *instrumento* de tutela de derechos. Toda esa combinación de procedimiento, actos y plazos, sólo resulta legítimo y válido en la medida que sirva para tutelar derechos. De allí que la validez de un determinado instituto procesal o sustantivo debe ser vista a través de dicha “lupa” y no sólo en función de que esté o no regulado en el Derecho positivo. Son los derechos (su tutela) lo que legitima la ley y no al revés.

Generalmente el derecho a la doble instancia es visto como una garantía solo exigible en los procesos penales, esto debido fundamentalmente a la existencia de compromisos internacionales contenido en normas de derechos humanos que regulan el derecho al recurso como una garantía del imputado (y solo del imputado).

En nuestro país, no obstante que nuestra actual Constitución Política, como la anterior, regula expresamente el derecho a la pluralidad de instancias, existen opiniones de respetables docentes

universitarios que consideran que el derecho a la doble instancia genera más perjuicios (dilación procesal) que beneficios, por lo que consideran no sólo posible sino también recomendable su eliminación. A partir de su reconocimiento constitucional, existe una posición distinta, favorable a la doble instancia, la cual ha sido sustentada por la profesora Eugenia ARIANO DEHO.

En este contexto, más allá de su actual reconocimiento constitucional, consideramos que existe el riesgo de que las dudas sobre la funcionalidad de la doble instancia, lleguen en algún momento al legislador constitucional y elimine la garantía de la doble instancia, dando así libertad para que en la legislación procesal se consagren procesos con instancia única. Es en tal contexto, donde encuentra justificación el desarrollo de la presente tesis.

II. OBJETIVO DE LA TESIS

La presente tesis pretende demostrar la siguientes hipótesis: que la doble instancia, como derecho y principio, no sólo es importante para la tutela judicial de los derechos dentro de todo tipo de proceso judicial y no solo en el proceso penal, sino que también es inherente a una estructura garantista que debe observar todo proceso jurisdiccional. Desde esta perspectiva, la existencia de la doble instancia no responde simplemente a una opción de política legislativa, sino que es consustancial, en línea de principio, a un proceso con las mínimas garantías, en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

Creemos que su admisibilidad no está supeditada a su eventual reconocimiento constitucional, pues deja abierta la posibilidad que un cambio constitucional elimine el derecho a la doble instancia; lo cual, desde nuestra perspectiva, significaría la eliminación de una de las garantías mínimas de todo proceso jurisdiccional.

En tal contexto, con esta tesis pretendemos proyectar una reflexión no sólo sobre la relevancia de la doble instancia sino también sobre la conveniencia de construir argumentos que permitan consolidar a la doble instancia o derecho de revisión judicial de los fallos, como una garantía mínima en todo tipo de proceso. Desde esta perspectiva, interesa también delimitar el contenido mínimo de tal derecho. Todo lo cual nos lleva a formular reflexiones que no se agotan en el tema de la doble instancia sino que comprende también el análisis de la concepción del Derecho y del proceso que, a nuestro parecer, resulta más congruente con una concepción del Estado Constitucional de Derecho.

III. INSTANCIA ÚNICA O DOBLE INSTANCIA

SUMARIO: 3.1. Nota preliminar. 3.2.- Argumentos en contra de la doble instancia.- 3.3.- Argumentos a favor de la doble instancia.- 3.4.- Análisis de los argumentos a favor y en contra.- 3.4.1.- La necesidad de contextualizar históricamente los argumentos.- 3.4.2.-La desvalorización de la doble instancia y la ausencia de reconocimiento constitucional expreso.- 3.4.3.- Celeridad o rigor procesal. La ficción del dilema: *intereses excluyentes o intereses complementarios*.- 3.4.4.- La ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia como remedio contra apelaciones frívolas.- 3.4.5.-Conclusión.

3.1. Nota preliminar

Casi por simple intuición podría afirmarse que el derecho al “pataleo”, el derecho a cuestionar una decisión es una conducta esencialmente humana. BENTHAM, citado por VESCOVI, recordaba esta humana tendencia “diciendo que el hijo menor tiende a recurrir a la autoridad del padre contra las órdenes del hijo mayor, o los hijos en general a los abuelos, contra las “injusticias” del padre, etc”¹. En el plano jurisdiccional, también pareciera que

¹ VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamerica. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1988. Pág. 25.

resulta de sentido común considerar que “un procedimiento judicial sin recursos contra las decisiones de los jueces es un procedimiento trunco o, mejor aún, inicuo”².

Sin embargo, contrariamente a lo que podría sugerir el sentido común, o una aproximación preliminar al tema, la doble instancia y su instrumento por antonomasia, el recurso de apelación³, no han estado libres de cuestionamientos. En efecto, como señala COUTURE “uno de los problemas de política procesal que durante más tiempo ha requerido la atención⁴ de los reformadores de la legislación de este campo del derecho, es el relativo a la unidad o pluralidad de las instancias en el proceso”⁵.

Decidirse por implementar un proceso con instancia única o con doble instancia ¿es una mera cuestión de opción legislativa? ¿es sólo un problema de política procesal? ¿Es tan válida una política procesal que establezca procesos de instancia única como aquel que establece procesos con doble instancia? La finalidad de la

² B.J. MAIER, Julio. “Acerca de la garantía procesal del recurso contra la condena penal en las convenciones internacionales sobre derechos humanos”. En: *Antología. El proceso penal contemporáneo*. Ed. Palestra. Lima, 2008. Pág. 722.

³ La consulta, también es un instituto procesal que posibilita la revisión de las decisiones judiciales.

⁴ Véase por ejemplo: CARNELUTTI, “Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal argentino”, en *La Ley*, Tomo 51. Pág. 1126; PASINI COSTADOAT, *Posibilidad de implantar la instancia única en el procedimiento civil y comercial de la Capital Federal*, Bs. As. 1946; BESEÑA, “Sobre la instancia única o doble en materia civil”, en: *Revista de Derecho Privado*, 1933, p.67; JOFRÉ, *Doctrina de la doble instancia*, En: *J.A.* Tomo 1.p. 131.; COSTA, *El recurso de apelación*. Bs.As.1950.

⁵ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición póstuma. Depalma, Bs. As. 1958. Pág. Pág. 171.

presente tesis es demostrar que no estamos ante dos opciones igualmente válidas, sino que en el marco de la tutela jurisdiccional efectiva y el Estado Constitucional del Derecho no es tolerable procesos de instancia única y que, por el contrario, es el proceso con doble instancia el que se inscribe dentro de la finalidad de construir un proceso con las mínimas garantías para que opere una tutela jurisdiccional efectiva.

No podemos entrar a sustentar tal finalidad si antes no damos cuenta de cuáles han sido y son los principales argumentos a favor o en contra de la doble instancia. Es necesario plantear la controversia en toda su magnitud. En síntesis, tal como se verá más adelante, existen dos posiciones al respecto: aquellos que atribuyen a la doble instancia una función nociva para el proceso porque –afirman– *difiere la solución del caso y se constituye en recurso del que no tiene la razón*; y otros que reconocen la existencia de la doble instancia desde el plano de su admisión constitucional.

Al finalizar esta sección, a manera de conclusión, haremos un balance de tal estado de la controversia. Allí pretendemos demostrar fundamentalmente dos cuestiones. *Primero*, que los argumentos históricos como sustento para cuestionar el valor de la doble instancia no presentan –a nuestro criterio– la consistencia suficiente como para repudiar los procesos con doble instancia. *Segundo*, que los cuestionamientos referidos a la dilación del proceso requieren de un sustento estadístico que permita ir más allá de la simple intuición; y, aun si fuera cierto la referida dilación

del proceso por culpa de la doble instancia, el remedio sería establecer la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia –como regla. Lo cual evidenciaría que la proscripción de la doble instancia no es una solución idónea ni necesaria frente al mencionado efecto dilatorio, pues existe una opción menos perjudicial –la ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia– para paliar el efecto dilatoria de las apelaciones perversas, aquellas cuya única finalidad sea dilatar el proceso.

3.2. Argumentos en contra de la doble instancia

Entre los opositores al recurso de apelación, encontramos a MAURO CAPPELLETTI, quien afirmaba que “Naturalmente existe todavía quien, de buena o de mala fe, piensa en la apelación y en el “doble grado de jurisdicción” como en una importante garantía procesal, tal vez una garantía de libertad, incluso algo absoluto e insuprimible. Es indudable –precisaba CAPELLETTI– que esta concepción no resiste un crítica seria y desprejuiciada”⁶.

En síntesis, el cuestionamiento de CAPELLETTI se funda en dos argumentos: i) la apelación implica una “perniciosa desvalorización del juicio de primer grado” y ii) en la ausencia de su reconocimiento constitucional, pues sostenía que “ningún ordenamiento, (...), considera el doble grado de jurisdicción como

⁶ CAPELLETTI , Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974. [«Dictamen Iconoclástico Sobre la Reforma del Proceso Civil Italiano». Pp.273-291], Pag. 279.

una garantía constitucional, o sea protegida por una garantía fundamental e inderogable”⁷.

En nuestro medio académico, desde una perspectiva parecida a la de Mauro CAPPELLETTI, el profesor Juan MONROY GÁLVEZ en un artículo publicado en 1992, es decir estando vigente la Constitución Política de 1979, que, como la actual, ya reconocía expresamente el derecho a la pluralidad de instancias, señalaba que “Hay algunos temas cuyo reconocimiento constitucional (...) produce una situación muy curiosa, es como si su ubicación en el texto constitucional los colocara más allá de toda disputa, pasando a convertirse en verdades inmutables sobre las que debe asentarse, por siempre, todo lo que se regule respecto de él”⁸. Para el citado profesor, la regulación constitucional de la *instancia plural* no lo “coloca más allá de toda disputa” (Sic), pues no solo es una frase “de dudoso significado”⁹(sic) sino que tal regulación constitucional solo significa que “se ha elevado a rango constitucional un principio procesal cuya vigencia depende del sistema procesal que en cada país se haya acogido, es decir se trata solo de una opción”, el cual -precisa- en el proceso contemporáneo “ha sufrido muchos embates”.

⁷ Ibidem.

⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *La formación de proceso civil peruano. Escrito Reunidos*. Ed. Comunidad, Lima, 2003, página 286 y ss.

⁹ Una calificación importante como esa, requería, con carácter indispensable, un mayor desarrollo que lo sustente. Lamentablemente tal desarrollo no existe en el artículo citado.

No obstante lo expuesto, el profesor MONROY considera que “estando al grado de evolución de los estudios procesales en el Perú y de (la) solución de sus problemas esenciales, no sería oportuno por ahora concretar legislativamente¹⁰ procesos a instancia única”.

GIOVANNI PRIORI¹¹, por su parte, ha señalado tajantemente que “no existe razón alguna que justifique la impugnación”, y que “la impugnación además genera injusticia”, porque dilata la resolución del caso concreto, postergando la tutela jurisdiccional. Señala que no es cierto que sólo sea injusta una decisión incorrecta, “tan injusta es una decisión incorrecta como una decisión tardía”. Cuestiona la tesis que considera que mediante la impugnación se elimina el riesgo de error judicial, pues señala que esta posición no considera que el que revisa es también un ser humano y como tal también es susceptible de cometer errores. Tampoco considera como válido el argumento según el cual los jueces revisores se encuentran en mejor capacidad y más preparados para resolver. Finalmente invoca un argumento histórico, según el cual “históricamente, el doble grado de jurisdicción surge (en diversos

¹⁰ Se debe entender que con el término *legislativamente* se refiere a su regulación constitucional, de lo contrario, con el actual (como con el anterior) texto constitucional, no es posible exponer tesis interpretativa alguna que justifique la creación de procesos a instancia única por parte del legislador infraconstitucional.

¹¹ PRIORI POSADA, Giovanni F. «Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción». En: *Advocatus*, Nueva Época, N° 9. Lima, 2003, Pp. 405-422). También publicado En: *El Proceso Civil. Enfoques Divergentes*. [“Cuestionando el doble grado de jurisdicción”]. Ed. Iuris Consulti S.A.C., Lima, noviembre 2005. pp. 83-103.

momentos históricos) como un extraordinario medio para concentrar mayor poder en algunos soberanos: emperador romano, rey medioeval o rey colonial”¹².

3.3. Argumentos a favor de la doble instancia

Un argumento a favor de la doble instancia y que resulta, se podría decir, de sentido común, es el que considera que la doble instancia presta un entorno *hipotéticamente* más favorable a la justicia de la solución del caso¹³. Resulta de interés porque la jurisprudencia de los tribunales superiores debe, *hipotéticamente*, servir para dirigir y formar a los inferiores, para elevar la calidad de la administración de justicia y uniformizar la aplicación del Derecho, reduciendo el margen de existencia de fallos contradictorios. En esta misma línea, no cabe duda que el solo acto de revisión constituye un método para reducir la posibilidad del error o de la arbitrariedad.

Sin dejar de advertir los riesgos de la extensión y abuso de los recursos, que puede terminar convirtiéndolos en “una garantía ... del retraso en la resolución definitiva del proceso”¹⁴, FAIREN GUILLEN, citando a BECEÑA, encuentra que la apelación responde a un triple orden de necesidades: históricas, psicológicas y técnico-

¹² PRIORI POSADA, Giovanni F. *Op. Cit.* Pág. 417.

¹³ Cfr. LOUTAYF RANEA, Roberto G. El recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia. Ed. Astrea. 1989.pág. 12 y ss.

¹⁴ FAIREN GUILLEN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal Generales. Bosch. Barcelona. 1990. Pág. 147.

jurídicas. De las cuales una de las más importantes es la de considerar atentamente las resoluciones judiciales, no solamente en cuanto al derecho ya aplicado en la instancia anterior, sino también sobre la buena formación del supuesto o material fáctico que formó parte de la sentencia o resolución recurrida; ya que la complicación en el *iter* de esta elaboración obliga a que, a fin de eliminar –o disminuir, al menos- los errores del anterior, el asunto pueda ser examinado por segunda vez y por un segundo tribunal¹⁵⁻¹⁶.

Eugenia ARIANO¹⁷, ha hecho una defensa de la doble instancia a partir de su previsión constitucional. Señala que el hecho que la actual Constitución regule la instancia plural como un principio y derecho de la función jurisdiccional, “impide al legislador ordinario regular procesos a instancia única”, lo cual –afirma- evitó que en sede de redacción del C.P.C. “se terminará consagrando uno que

¹⁵ FAIREN GUILLEN, Víctor. *Op. Cit.* . Pág. 483.

¹⁶ FAIREN GUILLEN, Víctor. *El razonamiento de los tribunales de apelación* Editorial Universitaria Ramón Araces. 1990. Pág. 30.

¹⁷ Eugenia ARIANO DEHO ha defendido su posición en varios trabajos: «Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso». Sección Debate del número 9 de la revista *Advocatus*, Nueva Época, Lima, 2003, II. Pp. 395-404). Ver también sus comentarios al numeral 6 (pluralidad de la instancia), del artículo 139 de la Constitución Política. En: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Tomo II. Primera Edición, diciembre 2005, Primera reimpresión, febrero 2006. pág. 516. “En defensa del derecho de impugnar en el proceso civil (Vicisitudes de una garantía «incomprendida»”, publicado en: *Problema del Proceso Civil*. Jurista Editores. Lima, 2003; pp. 229-242; e «Impugnaciones “injustas”»: Una abstracta polémica y un concreto caso”, publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Ed. Gaceta Jurídica Año 9. N° 66, Lima, marzo 2004, pp. 83-94.

otro proceso civil a instancia única”. Tal intencionalidad del legislador del C.P.C. se evidenciaría en el hecho que el artículo X de su Título Preliminar, al tratar sobre el principio de doble instancia, estableció expresamente que “el proceso tiene dos instancias, *salvo disposición legal distinta*”¹⁸.

3.4. Análisis de los argumentos a favor y en contra

Luego de haber presentado los argumentos a favor y los argumentos en contra de la doble instancia, resulta necesario intentar un balance de lo hasta aquí expuesto.

3.4.1. La necesidad de contextualizar históricamente los argumentos

Entre los cuestionamientos contra el recurso de apelación, PRIORI explica los supuestos orígenes totalitarios de la doble instancia. La apelación ha sido presentada como el instrumento del poder para controlar a las instancias inferiores. En tal contexto, resulta necesario evaluar la relevancia de dicho argumento.

El Derecho es un producto cultural, y como tal, no es ajeno a las ideologías de cada época, de allí que es necesario contextualizar históricamente los argumentos.

1. Como acertadamente señala Juan IGARTUA SALAVERRÍA cuando afirma, en otro contexto y para otros fines, que “más urgente que

¹⁸ La cursiva es nuestra.

sumergirse en la *profundidad* del pasado es –y sobre todo a efectos prácticos– preguntarse por la novedad del presente”¹⁹, por los problemas y las soluciones que presenta y demanda el proceso actual. Consideramos que no resulta ni fructífero ni apropiado cuestionar la necesidad de la pluralidad de instancias invocando argumentos referidos a las motivaciones políticas que estuvieron presentes en los orígenes del recurso de apelación, en tanto instituto que permite la materialización del derecho a la pluralidad de instancias.

Como decíamos, en el Derecho, los conceptos o los institutos jurídicos son productos culturales²⁰, no son atemporales²¹, no es suficiente analizar la viabilidad actual de un instituto jurídico considerando las razones que motivaron su origen. Así, por ejemplo, dado la configuración con la que nació la Corte de Casación francesa (no era un órgano jurisdiccional), nunca podría haber actuado, así sea excepcionalmente, como instancia, como

¹⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. CEPC. Madrid, 2003. Pag. 7.

²⁰ Responden a la realidad social, económica, política, filosófica, cultural y hasta psicológica que impera en determinado momento histórico y lugar. Sobre el carácter temporal de las tendencias jurídicas, resulta ilustrativo Norberto BOBBIO quien al referirse a la coyuntural primacía del positivismo o del iusnaturalismo, filosofías que influyen marcadamente en el Derecho y su interpretación, señala que: “Nos encontramos así, aun que a pesar nuestro, en la mejor situación para darnos cuenta de la extrema inestabilidad de las ideologías jurídicas, cuyo valor progresista o reaccionario depende de las circunstancias históricas en que son sostenidas y de los partidos que las reclaman” (Norberto BOBBIO. *El problema del positivismo jurídico*. EUDEBA, Buenos Aires, 1965, pág. 9).

²¹ Como lo creía el IHERING de la *jurisprudencia de conceptos*, criterio que luego tuvo que abandonar, bajo el peso de la práctica jurídica real, para adscribirse a la tesis de la *jurisprudencia de intereses*.

sucede en nuestros días. De igual manera, los Tribunales Constitucionales actuales no se limitan a ser legisladores negativos como dictaba la concepción kelseniana; por el contrario, actualmente la labor principal de los jueces y, con mayor razón, de los Tribunales Constitucionales consiste en desarrollar, vía jurisprudencia, mecanismos de protección de derechos fundamentales y de salvaguarda la primacía de los valores y principios que inspira y contiene la Constitución²².

La necesidad de contextualizar históricamente los argumentos, se advierte, por ejemplo, en COUTURE. En sus *Fundamentos.*, se encuentra una expresión bastante contradictoria. Manifiesta primero que “reiteradamente se ha sostenido que las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un procedimiento; sobre este punto – subraya COUTURE- la conclusión es pacífica”. Sin embargo, la expresión contradictoria se advierte cuando a continuación señala que “Pero se ha sostenido, en cambio, que la apelación es esencial, si la primera instancia se ha desenvuelto en forma tal que priva al litigante de garantías mínimas de la defensa”²³. Manifiesta que “La constitución no está necesariamente en peligro, en términos generales, en el sistema de la única instancia” y que “Cuando (...) se discute el tema de la

²² Lo cual se expresa mediante la dación de distintos tipos de sentencia: interpretativas, aditivas, etc.

²³ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición póstuma. Depalma, Bs. As. 1958. Pág. 158.

instancia única o múltiple, las razones que se hacen valer a favor de la instancia múltiple no hacen referencia a la Constitución, sino a la conveniencia o inconveniencia de una u otra solución”. Precisamente en relación con dicha conveniencia, seguidamente COUTURE se pregunta: “¿qué decir si la única instancia se encuentra privada de garantías de defensa de tal forma que prácticamente invalida sus resultados?” La sola posibilidad contenida en esta interrogante es –creemos- precisamente la que evidencia la racionalidad de la garantía de la doble instancia.

Respecto a las ideas de COUTURE cabría reiterar que no es la regulación constitucional positiva la que la hace esencial a la apelación. Pareciera que COUTURE parte de ese supuesto. Es lógico suponer que al no establecer la Constitución una exigencia de pluralidad de instancias, regular procesos con instancia única, *desde la perspectiva de la letra de la Constitución*, ello no origina un peligro para aquella. Pero, sabemos que, las exigencias de validez sustantiva en el Estado Constitucional de Derecho no derivan precisa o únicamente de la letra de la Constitución sino fundamentalmente de los principios y valores que ella inspira y/o contiene. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, solo puede satisfacerse cabalmente mediante un proceso organizado en torno a la previsión de las garantías mínimas del derecho de defensa. Esto resulta claro desde la perspectiva del constitucionalismo actual, como Teoría del Derecho contemporánea.

Al respecto, no debe pasar inadvertido que la primera edición de los *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* de COUTURE aparece en 1942. El Constitucionalismo empieza a desarrollar sus cimientos después de la segunda gran guerra y se extiende y avanza a su consolidación a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Considerando este contexto histórico, no podemos ahora tomar al pie de la letra las afirmaciones de COUTURE. Por el contrario, una lectura actual de aquello que aparece como expresiones contradictorias o que son formuladas por el mismo COUTURE como interrogantes, nos permite inferir que, ahora, desde la perspectiva del constitucionalismo, aquellas mismas razones de conveniencia o aquella interrogante referida a qué hacer si la única instancia no satisface las garantías de defensa, son las que precisamente *ahora* nos permiten identificar el carácter esencial de la apelación dentro de la legitimación del proceso jurisdiccional.

3.4.2. La desvalorización de la primera instancia y la ausencia de reconocimiento constitucional expreso

Llama la atención que CAPPELLETTI, señale que “*no resiste una crítica seria y desprejuiciada*”²⁴ la concepción que ve en el recurso de apelación una importante garantía procesal, cuando él mismo sustenta su posición justamente en un prejuicio, de allí que se preocupa por lo que él llama la “*perniciosa desvalorización del juicio*

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit. Loc. Cit.*

de primera instancia". Tal prejuicio se evidencia nítidamente cuando señala, como cuestionamiento a la doble instancia, que "El hecho es que, cada vez que se añade un nuevo grado de jurisdicción, no solamente se le hace un buen servicio a la parte que no tiene razón (¡!), sino que se le hace obviamente un mal servicio a la parte que la tiene (¡!)"²⁵.

Uno de los argumentos más enfáticos de PRIORI POSADA en contra de la doble instancia se desarrolla justamente en la misma línea²⁶: siempre el que gana en primera instancia es al que realmente le corresponde la justicia material del caso²⁷. Si eso sería siempre así, efectivamente, la apelación no solo resultaría injustificable sino que además habría que desecharla inmediatamente de nuestra legislación procesal. Pero tal suposición no tiene ningún fundamento real, es solo una falsa creencia. No existe nada objetivo que nos permita asumir dicha suposición como un axioma. Lo que sí resulta posible asumir es que en un conflicto entre dos partes una de ellas, *cualquier de las dos*, será la que tiene la razón. Solo a una de ellas, considerando las circunstancias especiales del caso concreto, le corresponderá el derecho sustantivo discutido en el

²⁵ *Ibidem*. Igual razonamiento desarrolla PRIORI, *Op. Cit.* Pág. 420.

²⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. *Op. Cit.* Pág. 419-420.

²⁷ Ese prejuicio se advierte claramente cuando PRIORI señala que mientras el proceso prosegua de instancia en instancia "la otra parte, es decir, el que lesionó el derecho de este particular, sigue poseyendo la casa que debía devolver o usando el dinero que debía restituir; porque finalmente el proceso ha sido pensado para él, no se sabe si para incentivar su incumplimiento o su conducta dolosa o su comportamiento negligente; pero en la realidad ocurre que él se ve beneficiado con la impugnación. Finalmente él sabe muy bien que siempre podrá impugnar, y que los riesgos de la impugnación los sufre, precisamente el otro" (*Op. Cit.* Pág. 420).

proceso. Precisamente porque no es posible presuponer a cuál de ellas le asiste el derecho, es que resulta necesario crear mecanismos para que aquel que obtenga una sentencia favorable sea al final, en la mayor medida de lo posible, aquel al cual le asiste realmente el derecho.

El argumento referido a la supuesta desvalorización de la sentencia de primera instancia, además de sustentarse en un manifiesto prejuicio, aplicando el método lógico de reducción al absurdo, podríamos decir que ese razonamiento, de ser acogido, haría inviable todo tipo de impugnación, no solo la apelación; pues si estamos tan seguros de la infalibilidad de la primera instancia, no tiene sentido dilatar más el proceso con cualquier otro recurso. Lo cual es un absurdo. Un criterio como ese corre el riesgo de consolidar el error o la arbitrariedad judicial. Error y arbitrariedad que potencialmente puede estar presente en toda actuación humana. En efecto, solo sería admisible un proceso con instancia única si se podría garantizar la infalibilidad de los jueces, lo cual obviamente resulta imposible. De allí que postular un proceso con instancia única “es un peligro”²⁸ y resulta contrario a las exigencias garantistas mínimas que un Estado Constitucional exige como marco básico para pretender una tutela jurisdiccional efectiva.

²⁸ IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel M. *Tratado de los recursos en el proceso civil: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación comparada*. Cuarta edición. Ed. Ley, Buenos Aires. 1969. Pág. 90.

Detrás de este argumento (la desvalorización de la primera instancia) está la idea de los fines autoritarios de la doble instancia: *al resolver la apelación, la segunda instancia impone su autoridad a la primera instancia*, se afirma. El acento en dicho argumento no está precisamente en la autoridad sino en la imposición. No serían las razones que expone la segunda instancia al momento de resolver la que dan legitimidad a su fallo sino el simple hecho que sea un órgano jerárquicamente superior a la primera instancia. Para que el argumento referido a la desvalorización de la primera instancia resulte atendible, el porcentaje de sentencias revocadas debería ser alto, pues de esa manera –en la lógica del argumento contra la doble instancia– se estaría verificando que la voluntad autoritaria de la segunda instancia se impone frene a la primera instancia en un alto porcentaje. Sin embargo, la información consignada en la página 24 de la presente tesis, parecen desvirtuar tal argumento: aproximadamente el 70% de las apelaciones resueltas terminan confirmando lo resuelto en primera instancia. Solo el 30% son revocadas o declaradas nulas. De lo que se puede concluir que si existiese una imposición autoritaria de la segunda instancia respecto de la primera –lo cual no está demostrada–, está solo se habría producido en el 30 % de casos. Sin embargo, no existe un análisis que nos permita inferir que esos 30% son resoluciones meramente arbitrarias. En consecuencia, desde una perspectiva cuantitativa, por lo menos, el argumento de la supuesta

desvalorización de la primera instancia, no resulta consistente con la realidad jurisdiccional.

El derecho al recurso, parte precisamente de reconocer la falibilidad del juez²⁹. Si el error es humano y el juez es uno de ellos, entonces un simple silogismo nos permitiría concluir que el sistema necesita de mecanismos de control del error, mecanismos que tengan por fin reducir la posibilidad del error. Tampoco resulta consistente pretender sustentar la existencia de la apelación invocando el objetivo de eliminar el error³⁰, pues, no garantiza de manera absoluta la eliminación del error o de la arbitrariedad. La doble instancia se presenta como *necesaria* pero nunca como *suficiente* para controlar el error o la arbitrariedad.

El segundo y último argumento expuesto por CAPPELLETTI para cuestionar la existencia y conveniencia de la segunda instancia³¹, por lo menos, en nuestro país, no reviste mayor consistencia, pues nuestra constitución sí se refiere a la segunda instancia como un principio y derecho de la función jurisdiccional.

²⁹ Como señala Juan MONTERO AROCA, “Todos los medios de impugnación tienen su origen en la posibilidad del error humano, posibilidad que aconseja que sea examinada más de una vez el objeto de lo decidido en la resolución judicial para evitar, en lo posible, resoluciones no acomodadas a lo dispuesto en la Ley” (Juan MONTERO AROCA. *Proceso (Civil y Penal) y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pág. 255.

³⁰ En esto acierta PRIORI cuando señala que nada nos garantiza que la segunda instancia no cometa también errores, ya que estará conformado precisamente por humanos, tal falibles como los de la primera instancia.

³¹ Nos referimos a aquel según el cual “ningún ordenamiento, (...), considera el doble grado de jurisdicción como una garantía *constitucional*, o sea protegida por una garantía fundamental e inderogable”.

3.4.3. Celeridad y rigor procesal. La ficción del dilema: *intereses excluyentes o intereses complementarios*

Entre los argumentos expuestos en contra de la doble instancia, se encuentra aquel que la considera causa de la dilación del proceso. La frase de bandera de esa tesis podría ser: *justicia que tarda es justicia que se niega*. Es frecuente que la excesiva demora judicial en la solución de los conflictos jurídicos sea invocada como justificación para limitar derechos. Frente a esta perspectiva, la posición de Fairen GUILLEN antes citada, resulta interesante, pues advirtiendo las implicancias dilatorias que puede tener el recurso de apelación, ello no lo lleva a proponer su eliminación, sino que por el contrario, subraya su importancia.

La mora judicial (dilación excesiva en la conclusión de los procesos judiciales) responde, en un alto grado, a causas administrativas (insuficiente cantidad de jueces y personal de apoyo, precarias condiciones laborales, etc, etc). Los problemas de la excesiva dilación de los procesos jurisdiccionales no son consecuencia del sistema de recursos. No existe una relación de causalidad directa entre indebida dilación procesal y la doble instancia, “la deficiente organización tribunalicia hace que aparezcan defectos e inconvenientes achacables erróneamente al sistema jurídico-procesal imperante”³². En efecto, desde la perspectiva de los

³² CAFASSO, Jorge. *La apertura a prueba en segunda instancia*, Jus, 2032, especialmente, p. 35-36. Citado por Roberto G. LOUTAYF RANEA.Op. Cit. Pàg. 23.

cuestionamientos a la doble instancia, la lógica de la solución a los problemas de la mora judicial, se presenta de una manera bastante simple, esta sería la siguiente: si hay sobrecarga procesal que agobia el trabajo de los juzgados, motivando el retraso en la resolución de los conflictos jurídicos, entonces hay que establecer restricciones para el acceso de más casos. Una manifestación derivada de esta –a nuestro parecer– equivocada “idea-solución”, se materializa en la tesis de la restricción (cuando no de la eliminación) de la segunda instancia y su instrumento típico, el recurso de apelación. Al considerársele una causa de dilación de los procesos judiciales³³, se postula la eliminación de la segunda instancia de la legislación procesal o, de lo contrario –como sucede en nuestro actual ordenamiento procesal civil–, se regula una segunda instancia limitada (de mera revisión de la resolución impugnada); con facultades procesales restringidas para las partes; se instaura apelaciones con efecto diferido; se restringe la alegación de hechos nuevos, la presentación de pruebas o la formulación de excepciones, etc., que no son otra cosa que preclusiones fuertes que terminan constituyéndose en verdaderas

³³ Es innegable que el uso del recurso implica una natural dilación en la solución de la controversia. Igualmente es innegable que puede usarse el recurso con fines meramente dilatorios. Sin embargo, no se puede responder a esa realidad eliminando la doble instancia sino creando mecanismos para reducir los daños que podría originar ese mal uso del recurso. Desde esa finalidad véase más adelante (Ver 3.4.4) lo referente a la ejecución inmediata de la sentencia impugnada, la cual es vista justamente como una solución al problema de la dilación que implica el uso del recurso.

trabas para el acceso a la justicia³⁴. Gráficamente, esta solución es como tirar al niño junto con el agua de la bañera; es decir deshacerse de algo malo (las dilaciones procesales), perdiendo a la vez todo lo bueno (el recurso de apelación, el derecho de defensa). Recordemos que una de las críticas fuertes contra la doble instancia es que dilata la solución de la controversia. Pero ... ¿es posible establecer una relación directa entre doble instancia y mora judicial? ¿cuál es el porcentaje de sentencias que son apeladas? ¿cuál es porcentaje de las sentencias apeladas que son confirmadas o revocadas? ¿cuál es el tiempo que demora el resolverse una apelación? Para que el argumento referido a la dilación procesal sea consistente con la realidad, debería existir un alto porcentaje de sentencias apeladas. Responder las interrogantes antes formuladas requiere del conocimiento de datos estadísticos oficiales. Sólo ello sería determinante para tener una opinión objetiva sobre el grado de incidencia de las apelaciones en la tutela jurisdiccional de los derechos.

³⁴ En la misma orientación de crítica a las preclusiones probatorias, PRIORI señala acertadamente que “resultan por lo demás castrantes del derecho fundamental a la prueba, las reglas preclusivas absurdas, como aquellas que exigen que el pliego interrogatorio de las partes y de los testigos sean presentados con la demanda, sabiendo que su actuación se realizará varios meses después; así como la rigidez que sea el propio juez el que lea las preguntas, y la restricción de las repreguntas de los abogados de las partes” En: PRIORI POSADA, Giovanni. “El proceso en el Estado Constitucional”. En el libro de ponencias del Seminario Internacional de Derecho Procesal *Conferencia y Constitución* PUCP, 22 y 25 de setiembre de 2009, pág. 361.

A continuación se presenta una tabla con datos estadísticos oficiales, en la cual se advierte que, contrariamente a lo que se supone, el porcentaje de sentencias apeladas es bajo.

| | 2004 (*) | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 (**) | Totales |
|-----------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Exp. ingresados | 810,722 | 1,022,324 | 1,046,098 | 997,500 | 1,088,293 | 228,396 | 5,193,333 |
| Exp. con Sentencia 1ra. Inst. | 656,541 | 973,307 | 955,670 | 944,038 | 1,035,202 | 219,752 | 4,784,510 |
| Exp. Pend. (en giro) | 1,137,519 | 1,195,297 | 1,192,317 | 1,155,755 | 1,062,336 | 1,030,923 | |
| Sent. apeladas resueltas | 54,853 | 118,269 | 132,441 | 116,081 | 119,612 | 27,306 | 568,562 |
| Confirmadas | 34,017 | 82,554 | 91,635 | 82,085 | 84,743 | 20,187 | 395,221 |
| Revocadas | 8,487 | 35,715 | 40,806 | 33,996 | 34,869 | 7,119 | 173,341 |
| Nulas | 12,349 | | | | | | |
| Porcentaje de sentencias apeladas | 8 | 12 | 14 | 12 | 12 | 12 | 12 |

(*) Solo II, III y IV Trimestre (**) Solo I Trimestre

Nota: Durante los años 2005 al primer trimestre del 2009, no existe un desagregado que indique el número de sentencias declaradas nulas en segunda instancia. Solo existen datos de sentencias confirmadas o revocadas

Fuente: Elaboración propia, en base a información estadística publicada en la página web del Poder Judicial

En un periodo de cinco (5) años aproximadamente, del 2004 hasta el primer trimestre de 2009, se han emitido un total de 4,784,510 sentencias de primera instancia. De estas, han sido apeladas y resueltas en segunda instancia un total 568,562. Aproximadamente el 12% de sentencias de primera instancia emitidas en dicho periodo. Lamentablemente no conocemos la cantidad de sentencias apeladas. Ese dato tampoco lo tiene el propio poder judicial, según las indagaciones realizadas. Sin embargo, si aplicamos la misma tasa de morosidad de la primera instancia (8%)³⁵ a la segunda instancia, tendríamos que en total existirían 614,047 sentencias apeladas, lo cual significa que sólo el 12% de sentencias de primera

³⁵ El número de sentencias emitidas en primera instancia es el 92 por ciento de los casos ingresados en el mismo periodo. Es decir, entre la cantidad de expedientes ingresados y la cantidad de sentencias emitidas (casos atendidos en primera instancia), existe una diferencia de 8%, Es decir la productividad de la primera instancia, tiene un déficit del 8% respecto a la demanda de justicia (ingresos nuevos).

instancia son apeladas. Si consideramos un mayor porcentaje de morosidad en la segunda instancia, digamos del 20%, es decir, sin consideramos que de las sentencias apeladas, el 20% todavía no se habrían resuelto, entonces sólo el 14% de las sentencias de primera instancia habrían sido apeladas en total.

En conclusión, si aproximadamente solo el 14% de sentencias serían apeladas, entonces –siguiendo la lógica del argumento contrario a la doble instancia– la apelación es causa de la mora judicial solo en un 14%, el 86% de la mora judicial respondería a otros factores. La doctrina debe jugar un rol patriótico en este punto, y exigir que el Estado se preocupe en construir un sistema judicial más eficiente, con el personal calificado y con los recursos económicos necesarios, de tal manera que sea posible reducir ese 14% de morosidad y no proponer eliminar derechos con el pretexto de que la tener una justicia más rápida.

3.4.4. La ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia como remedio contra apelaciones frívolas

El cuestionamiento que imputa a la doble instancia ser causa de la dilación del proceso, merece especial atención, pues es verdad que el uso del recurso difiere la solución definitiva del caso.

Al respecto es necesario precisar que tal cuestionamiento en el caso de PRIORI, por ejemplo, parece estar referido a la existencia de más de dos instancias, es decir, al exceso en la configuración de la

cantidad de instancias recursivas. Ello se evidencia de la cita que hace de lo expuesto por el doctor RAMÍREZ DEL VILLAR en los *Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, cuando éste afirmaba “Me parece que la garantía es que haya instancia plural, o sea que no pueda fallarse ningún asunto en una sola instancia; pero la garantía queda incompleta si no se pone un tope. Entonces también pueden crearse cinco, seis, siete instancias (...)”³⁶ y a continuación PRIORI precisa “La preocupación del mencionado constituyente era precisamente aquella en la que consiste el dilema de la impugnación que hemos descrito: ***es necesario impugnar pero también ponerle un límite***³⁷ por eso –continúa PRIORI, citando a DEL VILLAR– agregaba: “entonces la garantía es doble, que no haya un solo tribunal que falle sin apelación, ni que tampoco puedan extenderse las instancias más allá de tres”³⁸. En la misma orientación, sin dejar de reconocer que es un derecho fundamental de las partes la posibilidad de combatir las resoluciones que les sean desfavorables ante otro tribunal, señalaba Héctor FIX ZAMUDIO que “la preocupación que se observa en los textos constitucionales latinoamericanos se refiere a la limitación de las instancias, que de

³⁶ Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo VII. Edición Oficial. Pág. 229. Citado por Giovanni PRIORI POSADA. Op. Cit.

³⁷ El texto en cursiva y negrita evidenciaría que PRIORI no está en contra de la doble instancia, sino del exceso que lleva a prever más de dos instancias. La preocupación está cifrada en la necesidad de determinar los límites máximos, no el mínimo.

³⁸ PRIORI POSADA. Giovanni. *Idem*, pág. 230.

acuerdo con la tradición hispánica se multiplicaban considerablemente, a través de un sistema muy complejo de impugnaciones, que podían prolongar los procesos civiles durante varios años”³⁹.

Tal como se verá más adelante, nuestra posición no se afilia a la regulación de instancias mayores a dos, por lo que, en el contexto de la crítica cifrada en el exceso en el número de instancias, en principio, el cuestionamiento referido a la dilación del proceso no resultaría trascendente, para los objetivos de esta tesis. Sin embargo, es cierto que llevar el proceso a una segunda instancia, importa necesariamente una mayor duración del mismo, por lo que consideramos que sigue siendo necesario plantear el tema ¿estamos ante una disyuntiva: celeridad o rigor procesal? Creemos que no existe tal disyuntiva.

El problema –creemos– está en ponderar si la mejor solución al drama de la mora judicial pasa por eliminar la doble instancia. Es decir: ¿es idónea y necesario eliminar la doble instancia para eliminar la dilación de los procesos judiciales? ¿Existe una relación causal directa entre ambos? ¿No existe una solución menos grave para evitar la dilación de los efectos de la sentencia por causa de su apelación? A absolver estas interrogantes nos avocaremos a continuación:

³⁹ FIX ZAMUDIO, Hector. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Mexico, 1974. Pág. 102.

En principio, es necesario señalar que la dilación del proceso no es, *per se*, un supuesto reprochable en el proceso. Lo que se considera reprochable es la dilación *indebida*. Y es que el proceso por su propia dialéctica implica actos secuenciales que se dan necesariamente en un espacio temporal⁴⁰. Aún la tutela urgente o las medidas auto satisfactorias se dan en un espacio de tiempo determinado. Ciertamente que son expresiones de tutela más rápidas que la tutela procesal ordinaria, pero no se ejecutan de manera automática. Entre la demanda de tutela y la tutela efectiva siempre hay un tiempo. Tiempo corto, pero tiempo al fin. No hay tutela procesal de un solo acto o instantánea. No hay tutela procesal por generación espontánea.

Tanto es así que gran parte de los desvelos de la doctrina procesal puede ser calificada como una larga lucha contra el tiempo y su efecto en el proceso. Paradójicamente, la relación conflictiva entre tiempo y proceso ha significado la creación de una institución que nutre sus raíces en la tutela jurisdiccional efectiva y no necesariamente en la creación de métodos alternativos al proceso, renegando de la eficacia del proceso como medio civilizado para la tutela de los derechos. Nos estamos refiriendo a la medida cautelar y toda la doctrina procesal sobre la tutela cautelar. Toda la teoría y

⁴⁰ Como bien señala Juan José MONROY PALACIOS en *La tutela procesal de los derechos*. Editores Palestra. Lima 2004. Pág. 238, “un proceso por más eficaz que éste resulte, siempre va a provocar un *margen diferencial*, es decir, una brecha entre el resultado obtenido a través de la tutela procesal, respecto del panorama ideal que nos propone el derecho material y su hipotético (iluso) cumplimiento espontáneo”.

la funcionalidad de la medida cautelar es un ejemplo de cómo se puede encontrar soluciones a los problemas que se generan como consecuencia de la natural demora en la tutela jurisdiccional de los derechos. En la misma línea, de no negar derechos (en este caso, el derecho al recurso) invocando la dilación procesal, es necesario preguntarnos ¿Acaso siempre la ejecución de la sentencia impugnada debe quedar suspendida entre tanto se resuelva la apelación? En Brasil e Italia, se afirma⁴¹, la regla es la inversa: la sentencia impugnada se ejecuta, sin necesidad de esperar el fallo de segunda instancia.

Dentro de los tipos de tutela jurídica, junto a la tutela satisfactiva y la tutela asegurativa o cautelar, podemos identificar a la tutela anticipativa o tutela anticipatoria. La *actuación inmediata de la sentencia impugnada* o también conocida como *la actuación provisional de la sentencia impugnada*, es precisamente una de las modalidades de este tipo de tutela anticipatoria⁴², la cual “consiste en adelantar la actuación de una resolución que por razones impugnatorias no se encuentra firme, como sería el caso de una sentencia apelada”.

Es cierto que existe una tradición muy difundida, según la cual la apelación de la sentencia y de los autos que impiden la

⁴¹ MONROY PALACIOS, Juan José. *Op. Cit.*

⁴² MONROY GALVEZ, Juan. “La anticipación de la sentencia impugnada”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo V. Lima 2002. Pág. 204.

continuación del proceso o lo dan por concluido, siempre tendrá efecto suspensivo: la sentencia no se ejecuta entre tanto no quede firme. Así lo establece el artículo 371º de nuestro C.P.C. Sin embargo, al decir del profesor MONROY GALVEZ, la excepción a dicho principio se encuentra, entre otros, justamente en los casos de apelaciones frívolas o nulas⁴³. En la misma orientación, el citado profesor señala que las Ordenanzas de 1452 y de 1499 regulaban la ejecución provisoria como una reacción de las jurisdicciones inferiores “ante la dilación abusiva de los procesos debido al uso malicioso de numerosos grados de jurisdicción”.

Respecto a la calidad ejecutable de las sentencias, entre lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y lo dispuesto en el Código Procesal Civil (CPC), existen algunos matices. El artículo 4 de la LOPJ, establece que no se puede retardar la ejecución de una resolución judicial *que tenga autoridad de cosa juzgada*. Se vincula así la ejecutabilidad de la sentencia a su firmeza. Desde esta perspectiva, las resoluciones que no se encuentran firmes sino que pueden ser apelables⁴⁴ o materia de un recurso de nulidad en determinados procesos penales, por ejemplo, no tienen la calidad de ejecutables, ya que de acuerdo a lo previsto en la

⁴³ MONROY GALVEZ, Juan. *Op. Cit.* Pág. 204.

⁴⁴ Así, por ejemplo, la LOPJ señala en su artículo 11(Instancia Plural) que Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. *Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada*. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley.

misma LOPJ, recién *lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada* (Art. 11). Sin embargo, tal conclusión pareciera no concordar con lo previsto, por lo menos, en el CPC, pues de conferirse una apelación sin efecto suspensivo, la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, “*incluso para el cumplimiento de ésta*” (Art. 368).

MONTERO AROCA, señala que “el fundamento de esta ejecución (provisional) parte de, primero, admitir que no existen obstáculos constitucionales a la misma y, después, de que, antes al contrario, la efectividad de la tutela judicial la favorece. Ni la presunción de inocencia, ni el derecho al recurso pueden ser argumentos oponibles a la ejecución provisional, la cual encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque en él mismo se ejecutan también sus límites”⁴⁵. Precisa MONTERO que “La efectividad de la tutela judicial no puede desconocer que la sentencia, aunque no sea firme, es un pronunciamiento judicial con todas las garantías y con vocación de permanencia, al que no puede privarse de toda eficacia porque contra el mismo se haya preparado el recurso, si bien ese mismo derecho a la efectividad de la tutela judicial ha de impedir la ejecución provisional cuando sea imposible o de extraña dificultad restaurar la situación anterior a la

⁴⁵ MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Tiran lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 93.

ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado si la sentencia es revocada”⁴⁶.

Entre las razones que puede llevar al legislador a regular la ejecución provisional, la posición de MONTERO coincide con la de MONROY, al señalar que “En general la ejecución provisional se regula por el legislador para evitar que los recursos sean usados con fines ajenos a los que le son propios (la posibilidad de errores en la aplicación de derecho, principalmente). Esos fines ajenos se refieren sobre todo a retardar la ejecución, a dilatar la efectividad práctica de la resolución. Aunque es imposible cuantificar, la experiencia demuestra que los recursos se utilizan en un gran número de casos, no por creer el recurrente que la resolución recurrida es injusta, sino solo para alargar el proceso, manteniéndose el demandado en la posesión de la cosa, sin pagar la cantidad debida, sin hacer, etc, es decir, para mantener la situación pre-procesal de la relación jurídica material. El combatir esto sólo puede hacerse mediante la decisión política de conceder la ejecución provisional de las sentencias no firmes, aun a pesar de los riesgos que implica la posible revocación de la sentencia si se estima el recurso”⁴⁷.

⁴⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Op. Cit.* Pág. 94.

⁴⁷ MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Tiran lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 94.

En tal contexto, consideramos que ante la posibilidad de que se usen los recursos impugnativos con fines dilatorios, fraudulentos, regular la ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia, podría permitirnos compatibilizar el afán del legislador por atender, simultáneamente, la exigencia de permitir a los interesados la impugnación de las resoluciones que le causen perjuicio y la de no dar margen para el indefinido prolongamiento del pleito⁴⁸. Es con este propósito que también en España se introduce la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, primero en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, mediante la Ley 34/84, de 6 de agosto, fecha en la cual “se abrió la posibilidad de ejecutar provisionalmente sentencias de primera instancia, una novedad que sin duda buscaba contrarrestar el efecto suspensivo de los recursos de apelación”⁴⁹.

En nuestra legislación procesal se han considerado casos específicos de ejecución inmediata de la sentencia impugnada, es decir, antes que ésta tenga la calidad de firme, como por ejemplo en materia de alimentos. En efecto, el artículo 566^o del CPC dispone que la pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta aunque haya apelación.

⁴⁸ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas de los recursos en el proceso civil brasileño”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N^o 5. Lima, 2002. pág. 32.

⁴⁹ VELASQUEZ MARTÍN, M^a Ángeles. La ejecución provisional en el Proceso Civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ed. Dickinson. Pág. 13.

También el Código Procesal Constitucional ha previsto la ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia, al disponer en su artículo 22º que la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata⁵⁰. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha subrayado enfáticamente el carácter imperativo de dicha disposición legal al

⁵⁰ Al respecto Gerardo ETO CRUZ en su artículo “¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia*. Año 2. N° 3. Editorial Palestra, Lima, 2004. pág. 753-755, ha evidenciado que, por lo menos, a nivel de los autores reales del proyecto del Código Procesal Constitucional no existió consenso respecto a que se estuviera regulando la ejecución anticipada de la sentencia impugnada. Sin embargo, existen sólidos argumentos tanto en la doctrina nacional como en la propia jurisprudencia del TC, en el sentido que el citado artículo 22 sí regula dicho instituto. En tal contexto, estando a los objetivos de la presente tesis, y como señala Domingo GARCÍA BELAUNDE “Hoy es claro que el papel del juez no se concibe como repetitivo, mecánico, sin iniciativas, y se reconoce que la función judicial es creadora (...). Hoy se admite que el legislador histórico tiene muy poca competencia, y a la larga tal vez ninguna, sobre todo cuando se extiende el tiempo entre la dación de la norma y el momento en que se interpreta (los intérpretes actuales del Código de Napoleón tendrán muy poco en cuenta lo que pensaron los redactores originales del Código)” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. En el libro colectivo *Interpretación Constitucional*. Eduardo FERRER MAC-GREGOR (Coord.) Tomo I. Ed. Porrúa- UNAM, México 2005, pág. 610). En efecto, desde una perspectiva de interpretación dinámica o si se quiere evolutivo de la citada disposición legal, es posible asumir que sí existe la ejecución anticipada de la sentencia de primera instancia en el Código Procesal Constitucional. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que tanto en el CPC como en la Ley Procesal del Trabajo existen disposiciones expresas en las cuales indubitablemente se ha regulado la ejecución inmediata de la sentencia impugnada, tal como se refiere en esta tesis.

señalar que “este Colegiado considera oportuno centrarse (sic) en un tema que no por ser de naturaleza procesal carece de importancia definir (...). El Juez del Octavo Juzgado Penal de Lima, que ha conocido del presente proceso a nivel de la primera instancia, ha omitido actuar conforme a las reglas establecidas imperativamente en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional. En efecto, pese a que la sentencia emitida con fecha 27 de mayo de 2005 tuvo un resultado estimatorio parcial y, por tanto, obligaba a su actuación inmediata conforme al régimen procesal establecido en el citado artículo 22°, el Juez constitucional permitió que la entidad demandada persistiera en su actitud de no retirar las mallas metálicas so pretexto de su derecho a ejercer los medios impugnatorios pertinentes y acceder a la instancia superior. Sobre el particular, este Colegiado considera necesario enfatizar que a diferencia del modelo procesal de la derogada Ley N° 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, ha incorporado para los procesos de tutela de derechos el régimen de actuación inmediata de sentencias, conforme al cual *el juzgador se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior*. Bajo dicho marco referencial, *no es aceptable, entonces, que bajo el pretexto del acceso a una instancia distinta por el lado de la contraparte, el juez constitucional renuncie a dar cumplimiento efectivo a su sentencia*. Si ésta es estimatoria, tal

condición es suficiente para franquear su actuación inmediata, no teniendo por qué esperar la culminación del proceso para recién decidir, como, equivocadamente lo ha considerado el referido juzgador de primera instancia, quien evidentemente ha omitido cumplir sus deberes, dejándose impresionar por el dicho de la corporación municipal demandada. En tales circunstancias, este Colegiado se ve en la necesidad de llamar la atención del citado juzgador constitucional, recordándole no sólo las disposiciones pertinentes de la norma adjetiva (que evidentemente está obligado a conocer), sino sus deberes de vinculación especial para con la Norma Fundamental y el cuadro de valores materiales que ésta reconoce”⁵¹.

3.5. Conclusión

En resumen podemos decir que ni una lectura de los supuestos orígenes autoritarios ni la dilación del proceso que origina la tramitación del recurso de apelación, parecen ser argumentos suficientes para prescindir de la doble instancia dentro de la estructura del proceso en el actual Estado Constitucional de Derecho.

⁵¹ Fundamento jurídico N° 3 de la STC. N° 5994-2005-PHC/TC, caso Centro de Orientación Familiar. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05994-2005-HC.pdf>.

La eliminación de la doble instancia no se presenta ni como necesario ni como idónea para reducir la mora judicial. Nos explicamos:

Primero porque, como se señaló, la mora judicial responde fundamentalmente a problemas estructurales que presenta el propio sistema de administración de justicia (insuficiencia de recursos, injerencia política, etc) y no puede ser imputable directa e inmediatamente a la doble instancia. Es falsa la disyuntiva entre celeridad y rigor procesal. De ser cierta, eso significaría aceptar que necesariamente la protección del derecho de defensa implica siempre el sacrificio de derecho a obtener una sentencia firme en un plazo razonable, o a la inversa. En ambos supuestos, estaríamos ante un proceso desquiciado. Ambos intereses son dignos de tutela y lo que corresponde hacer, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, es buscar compatibilizar ambos intereses. En este contexto, resulta muy ilustrativo ZAGREBELSKY, cuando señala que “Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros juntos a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción –válida para la *ciencia juris*– no debería

obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la «concordancia práctica» de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aún siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. «Positivamente»: no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto⁵², a lo cual llegaríamos –al declive conjunto, me refiero– si aceptamos la disyuntiva *celeridad procesal o rigor procesal*.

Segundo, porque como demostraremos en la presente tesis⁵³, al eliminar la doble instancia se pierde garantías esenciales al proceso, garantías que están vinculados íntimamente a la eficacia de otros principios y derechos, tales como la motivación de las decisiones judiciales y el derecho a un proceso orientado a la tutela racional de los derechos y no al mero ejercicio de la voluntad totalitaria de una sola instancia.

Si bien el tiempo se percibe cada vez como más tirano y la velocidad en que se mueve la vida en la sociedad resulta innegable, sin embargo, tal realidad no puede justificar *per sé* la pérdida de un

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trotta. Segunda edición 1997. Pág. 16.

⁵³ Ver el Capítulo IV-.Fundamentos del Derecho al Recurso como Garantía Mínima exigible en todo proceso jurisdiccional.

espacio, como la segunda instancia, que permita un análisis reflexivo de lo actuado en primera instancia. Es cierto que nada nos garantiza que lo resuelto en segunda instancia tenga mejor calidad que lo resuelto en primera instancia. Sin embargo, igualmente no existe nada que nos asegure que lo resuelto en primera instancia esté exento de vicios o errores; en consecuencia, no se puede satanizar ni pontificar a favor de ninguna de las dos instancias. Lo que sí resulta racional es que la existencia de un espacio procesal de revisión tiene una virtud que, si se quiere, es de sentido común: *reduce la posibilidad del error o de arbitrariedad*. Por lo demás, los cuestionamientos referidos a la dilación del proceso, se sustenta en cuestionamientos contra el abuso de la impugnación, abuso que puede presentarse en exigir que todo acto procesal sea impugnabile o que exista varias instancias y no simplemente dos. Con lo cual tal cuestionamiento sí resulta fundado respecto a los excesos de la facultad impugnatoria y no precisamente contra la doble instancia *per se*.

IV. FUNDAMENTOS DEL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA MÍNIMA EXIGIBLE EN TODO PROCESO JURISDICCIONAL

SUMARIO: 6.1. Nota preliminar.- 6.2. Concepción del Derecho, modelo de proceso y derecho al recurso.- 6.3.- El recurso como instrumento de control del poder jurisdiccional de los jueces.- 6.4.-La revisión por instancia distinta como instrumento de “control de calidad”.- 6.5.- Competencia por razón de grado y carga procesal.- 6.6.-Derecho al recurso y derecho de defensa.- 6.7.La motivación de resoluciones judiciales y su revisión.- 6.8- La racionalidad instrumental de la ley procesal y derecho de revisión.- 6.9.- Generalización del derecho al recurso contra las decisiones judiciales.- 6.10.- Conclusión.

4.1. Nota preliminar

Luego de haber hecho un balance de los argumentos a favor y en contra, en este capítulo nuestro propósito es desarrollar nuevos argumentos en virtud de los cuales consideramos que es posible sustentar la hipótesis que motiva la presente tesis: que el derecho al recurso es una garantía mínima que debe estar presente en todo proceso jurisdiccional.

4.2. Concepción del Derecho, modelo de proceso y derecho al recurso

Como bien advierte ZAGREBELSKY, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del «derecho positivo». La raíz de las certezas y creencias comunes como de las dudas y polémicas están en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad une o divide “es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso”. “Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia”⁵⁴.

Tales ideas no resultan ajenas a la concepción que tengamos del Derecho, ni ésta resulta ajena a la ideología o filosofía que se profese, consciente o inconscientemente. Por el contrario, existe todo un tramado de preconceptos, ideas, que definen nuestras posiciones jurídicas, por más simple que resulte ser el caso concreto. De allí que, resulta necesario trazar unas líneas generales sobre la concepción que asumo respecto del Derecho en general y del proceso en particular. Existe una relación directa entre la concepción del Derecho que se asuma y el valor que se otorgue al derecho al recurso. Veamos:

⁵⁴ ZAGREBELSKY. Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Segunda Edición 1997. Pág. 9.

Concebir el Derecho encerrado en los estrechos territorios de la legislación y al juez como un mero aplicador de lo legislado (un garante de la ley y su vigencia), si antes significó una garantía contra el autoritarismo del régimen pre revolución francesa, ahora no sólo resulta insuficiente sino a veces también resulta contrario para la construcción de una sociedad justa. Encomendarse al paradigma del legislador racionalista, con la falsa creencia de que es capaz de comprenderlo y preverlo todo, como un gran visionario que puede superar las limitaciones del tiempo y del espacio, ha significado poner la razón en el altar que antes ocupaba la fe. En efecto, la realidad evidencia que actualmente la codificación y/o la ley vé frustrada su fundamental función práctica –la cual inspiró su nacimiento– de reducir la complejidad social a la norma abstracta y general y convertirse en el garante de los derechos frente al despotismo. Tales buenas razones se han ido perdiendo “presionada, en amplia medida, por la conciencia de que la complejidad y dinamicidad de las relaciones sociales difícilmente puede encapsularse en un momento de inspiración legislativa”⁵⁵.

Desde una concepción tradicional, la disposición legal es un discurso dirigido a un auditorio pasivo, meramente receptor del mensaje y fiel cumplidor del mandato legal. Un discurso que se presenta presumiéndose, ella misma, como monocorde, sin

⁵⁵ SUÁREZ LLANOS, M. Leonor. “El sueño de la codificación y el despertar del Derecho”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29 (2006). Pág. 220.

disonancias, en tanto está concebida para regular, un conjunto indeterminado de supuestos de hecho, y de manera abstracta y genérica. En este esquema de pensamiento, la realidad tiene que calzar exactamente en el supuesto de hecho previsto en la norma, solo así surge el derecho (interés jurídico tutelado) cuyo titular buscará tutela en el proceso.

Sin embargo, esa pretensión totalizadora de la legislación que nos pretende hablar de modo monótono, cae ante una realidad tan compleja y variada. Como bien señala el profesor PRIORI, “Nuestro tiempo es el del Estado Constitucional, el que ha venido a reemplazar la concepción del Estado de derecho [al cual describíamos al iniciar esta sección]. Este cambio no sólo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigma con todo lo que ello significa y trae consigo”⁵⁶. El proceso jurisdiccional tiene otro rostro en el Estado Constitucional, no puede concebirse un proceso guiado solamente con la finalidad de obtener una rápida decisión firme, de espaldas a los fines del Derecho. En este contexto, con mayor razón se advierte que la “segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable. En todo caso, constituye un predominio de la razón sobre la autoridad”, como lo señala COUTURE⁵⁷.

⁵⁶ PRIORI POSADA, Giovanni F. “El proceso en el Estado Constitucional”. En: *Constitución y proceso*. ARA editores. Lima 2009, pág. 341-342.

⁵⁷ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Tercera Edición póstuma. Depalma. Bs. As. 1958, p. 172.

Desde la perspectiva actual de tutela y primacía de los derechos (Estado Constitucional) y no de garante de la vigencia de la ley (Estado de Derecho decimonónico), cada controversia con relevancia jurídica que se presenta en la sociedad, es un “*diapasón*” que permite al operador jurídico ver si tal disposición, genérica y abstracta, *sintoniza* con los intereses, valores y principios que están interactuando en cada caso concreto, en cada controversia jurídica. Cada caso es una prueba que mide la capacidad de lo legislado y la eficiencia del Derecho para dar soluciones congruentes con los principios y valores vigentes. En este contexto, el caso funciona como un *reactivo* frente a aquella disposición abstracta y genérica. El contacto de ambas, *caso con disposición legal*, puede evidenciar una armonía o una disonancia con los valores y principios vigentes en un determinado tiempo y sociedad. Si brota la nota armónica, no existirá problema alguno. El problema se presenta cuando surgen notas disonantes, desagradables, discordantes con los principios y valores. Allí el dilema es: o el juez es un garante de la vigencia de la ley o es un garante de la vigencia efectiva de los derechos. Desde una concepción del Estado Constitucional de Derecho “Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida”⁵⁸.

⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derecho, justicia*. Trotta, Segunda edición.

Es evidente que este dilema se manifiesta en toda su dimensión e implicancias en el proceso. El proceso no es ajeno a las ideologías imperantes en el tiempo y espacio en el que le toca desenvolverse. De allí que es necesario indagar cuál es más congruente con la democracia actual: *un proceso con instancia única o un proceso con pluralidad de instancias*. Un proceso donde la sentencia de primera instancia se legitime únicamente en base al principio de autoridad y por lo tanto excluya cualquier posibilidad de cuestionamiento o un proceso que posibilite un margen de debate y cuestionamiento de dicha decisión en una instancia distinta.

Hoy, más que antes, la Democracia no es necesariamente sinónimo de unanimidades o de la simple voluntad de la mayoría. Paradójicamente, el respeto de las minorías es un principio tan vinculante como la concurrencia de la voluntad mayoritaria para la toma de decisiones. Serán los valores, los principios que se consideran fundantes de todo el sistema, los que definirán la legitimidad de una decisión. Diálogo, democracia y verdad, hoy más que nunca, reclaman una sintonía cada vez más fina y permanente. No pueden existir notas disonantes entre ellas.

Este marco político e ideológico se refleja directamente o indirectamente en la estructura, configuración y fines del proceso jurisdiccional contemporáneo. Si la ley es una imposición vertical (*discurso monocorde*) y el juez es *el* representante del que emite la

Madrid, 1997.pág. 134.

ley (y como tal, materializa su voluntad), entonces para cumplir la función de garante de la ley, no resulta necesario crear espacios procesales de mayor deliberación de la cuestión controvertida. Basta una sola instancia, donde la boca de la ley dicte y salvaguarde su vigencia. En este esquema no es funcional crear espacios de mayor confrontación entre la “traducción oficial” de la ley que hace el juez boca de la ley y la versión que de ella tiene el ciudadano. En este esquema de razonamiento, las disonancias no deben ser escuchadas o, en todo caso, deben ser silenciadas, deben ser ignoradas; entonces es funcional eliminar la doble instancia y obtener, cuanto más rápido mejor, una decisión firme, inobjetable, inmutable.

Desde una perspectiva moderna del Derecho, entendido como instrumento de tutela de intereses prevalentes y del proceso como medio de tutela de derechos. Dentro de un espacio democrático. Sí interesa crear espacios de mayor deliberación de las ideas. Interesa que la sentencia no se agote en la resolución de la controversia privada por el solo peso de la inmutabilidad y coercitividad de la sentencia firme, sino por su capacidad de convencer sobre la legitimidad de la decisión en ella contenida.

Tal objetivo puede conseguirse a partir del diseño de un proceso que admita una deliberación suficientemente amplia (obviamente, sin llegar al exceso). De tal manera que se permitan –y no se acallen o ignoren– las voces disonantes no solo con la versión de la otra parte sino con la *traducción oficial* de la ley (con lo afirmado en la

sentencia), de tal manera que sea un órgano distinto el que revise dicha *versión* del significado y función de la ley. Esta necesidad es lo que explica la funcionalidad de la existencia de la doble instancia, dentro de un esquema de proceso fundado en principios de la Democracia, el diálogo y la verdad. Por eso creemos en su carácter garantista en todo proceso jurisdiccional y no solo en el penal.

Desde esta perspectiva, creemos, también algunas expresiones tradicionales del proceso, pueden tener una lectura nueva. Así por ejemplo, el **derecho al voto singular**, puede merecer una lectura justificante acorde con la referida concepción política. La seguridad jurídica no puede manifestarse como la uniformidad de opiniones en una sentencia. Qué sentido puede tener el derecho al voto singular sino es el de dejar consignada la existencia de la disidencia entre los propios magistrados. Disidencia, cuya finalidad, no se agota en su simple exteriorización como un simple *no estar de acuerdo*. También a ese voto singular se le exige motivación⁵⁹. Si la decisión judicial no fuera pasible de impugnación, no tendría sentido el voto singular, a menos que tal sentido se agote en la necesidad de aplacar los desvelos de la conciencia del disidente.

⁵⁹ Véase luego (numeral 4.7), cómo la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, es una anunciación que, en calidad de ísumo, se constituye en un presupuesto de la impugnación. En efecto, sin motivación, la impugnación se traduciría también en un simple *no estar de acuerdo*, la motivación de los actos susceptible de impugnación es lo que presta materia a la impugnación, ya que es más funcional al propio sistema y al mismo impugnante, discrepar de argumentos que de simples decisiones cuya único sustento sea el principio de autoridad o el temor.

El voto singular a la vez que es manifestación del derecho de disentir del magistrado respecto a lo afirmado en la sentencia, es también un importante aporte a la materialización del derecho al recurso, como expresión, en este caso, del derecho de la parte afectada a disentir de una resolución judicial. En ese contexto es posible ubicar la afirmación de Anibal Hector DE LEÓN VELASCO, cuando señala “que las impugnaciones, basadas en el derecho a disentir que todo sujeto procesal tiene, respecto a las decisiones judiciales, son un medio de control, de la juridicidad general de las resoluciones y de la fundamentación o motivación suficiente de las mismas”⁶⁰.

4.3. El recurso como instrumento de control del poder jurisdiccional de los jueces

En un Estado Constitucional de Derecho no existen poderes absolutos. Todos los poderes del Estado además de estar sujetos a los principios y valores constitucionales, están sujetos a controles intrasistémicos. Todo poder sin control tiende a la arbitrariedad. Así por ejemplo, los actos del legislativo, puede intentar ser “bloqueados” por el ejecutivo, acto que se presenta cuando el ejecutivo se niega a promulgar una ley del Congreso, por ejemplo. En la misma perspectiva de control del legislativo podemos

⁶⁰ DE LEÓN VELASCO, Anibal Hector. *El recurso de Casación Penal. Los recursos en el sistema procesal penal guatemalteco y en el derecho comparado*. Tesis Doctoral, sustentada en la Escola de Postgrau de la Universitat Autònoma de Barcelona. En: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-0131106-195857//halv1de1.pdf

encontrar al proceso de inconstitucionalidad. El control del Ejecutivo se instaura mediante el proceso de acción popular, el contencioso administrativo o el control de los decretos de urgencia por parte del Congreso.

Los recursos impugnatorios constituyen el control de los actos del Poder Judicial. En esta orientación Eugenia ARIANO precisa que “la posibilidad de un proceso que se articule ante más de un juez permite que el «poder controle al poder», evitando así la posibilidad de que una resolución agraviante a los intereses de la parte devenga inmediata e irremediablemente firme”⁶¹.

Desde esta perspectiva, de cara a la tutela de los derechos y a la proscripción de la arbitrariedad del ejercicio de poder del juez, el recurso de apelación se constituye en un eficiente control intrasistémico de la función jurisdiccional.

Los otros controles como las que desarrolla la Oficina de Control de la Magistratura, no tienen la virtualidad de cambiar las decisiones jurisdiccionales, se agotan en sanciones administrativas contra los jueces. La apelación se constituye así en el mecanismo idóneo para, desde dentro del mismo poder, combatir el despotismo judicial. Eliminar la posibilidad de recurrir contra las decisiones del juez ante una instancia distinta es condenar a la vez a las partes a una

⁶¹ Ver sus comentarios al numeral 6 del artículo 139 de la Constitución, en: *La constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo III. Primera Edición, diciembre 2005. Primera reimpresión, febrero 2006. Pág. 516.

actitud pasiva, someterlos a un tutelaje como si se tratara de un sujeto de capacidad jurídica limitada o de un subalterno al interior de una estructura castrense donde las decisiones de arriba se acatan sin dudas ni murmuraciones. Ese rostro del proceso no corresponde con los perfiles de una justicia sujeta al debate y al cuestionamiento.

4.4. La revisión por instancia distinta como instrumento de “control de calidad”

Los críticos de la doble instancia, cuestionan que su sola existencia representa un menoscabo, una depreciación de la primera instancia, a tal punto que al ser lo resuelto en la segunda instancia la que prima, entonces lo resuelto en la primera instancia queda a nivel de proyecto, de simple propuesta. Lo cual –continúan dichos críticos– resulta ilógico. Señalan que si el juez superior es mejor que el inferior, lo más práctico sería confiarle directamente a este juez superior la solución del pleito⁶². En la misma línea de cuestionamiento de la doble instancia podría considerarse aquella que considera que si la instancia superior goza de mayor prestigio por tratarse de órganos colegiados, ¿porqué entonces no hacer que la primera instancia sea un órgano colegiado?

⁶² Cfr. IBAÑEZ FROCHAM, Manuel M. *Tratado de los recursos en el proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Legislación* Cuarta Edición. La Ley; Bs. As. 1969, pág. 85. En la misma línea argumentativa se encuentra PRIORI POSADA. *Op. Cit.* Pág. 417.

Ambos argumentos me parecen que tienen aristas falaces, pues no se desarrollan en torno a consideraciones sustanciales, no se construyen sobre lo esencial (la posibilidad de revisión) sino sobre lo accesorio (el carácter colegiado de la segunda instancia y la primacía de la instancia revisora).

En principio, no somos partícipes de aquellos argumentos que pretenden demostrar o siquiera insinuar que la segunda instancia es *per sé* mejor que la primera. En la realidad de la práctica jurisdiccional, no es posible sustentar o encontrar ni en el origen ni en la conformación de la segunda instancia algo sustancial o intrínseco que la haga mejor que la primera instancia⁶³. Es su función revisora⁶⁴, no su origen ni su conformación colegiada – repito– la que le da valor y funcionalidad a la segunda instancia. Por el contrario, la primera instancia que ha estado en contacto cercano con todo el acopio y actuación de las pruebas parece estar lógicamente en mejor condiciones de conocer el caso y de emitir sentencia⁶⁵. Sin embargo, surge innegablemente la necesidad de

⁶³ En esta parte coincidimos con PRIORI Cfr. “Reflexiones en torno a la doble instancia” En: *Advocatus*. N° 9. Pág. 417-418.

⁶⁴ En esta misma línea se inscribe, por ejemplo, la necesidad de que determinadas sentencias pasen en consulta a un órgano superior, sin necesidad de intervención o requerimiento de parte.

⁶⁵ En esta misma línea PRIORI POSADA señala enfáticamente que no es cierto que aquel que revisa se encuentra en mejor posibilidad de juzgar que el de primer grado, pues “se olvida que aquel que resuelve en primer grado fue el que interrogó al testigo y le hizo las preguntas, fue el que estuvo en la inspección judicial, fue el que conversó con los abogados y las partes, fue el que apreció la conducta procesal de las partes en las audiencias, fue el que escuchó el informe de los peritos y el debate entre ellos, fue el que preguntó a los peritos, fue el que se dirigió al

“control de calidad”. Todos los procesos de producción de las empresas que se preocupan por asegurar el control de calidad del producto que se expende al consumidor final, consideran una fase de control de calidad. Dicho control, por la simple lógica del proceso, no lo hace la misma área de producción sino un área distinta cuya finalidad es precisamente realizar dicho control.

Desde nuestra perspectiva, en un régimen de doble instancia, la funcionalidad de la segunda instancia está en su función de control. No existe fundamento objetivo, absoluto, para afirmar que los jueces de segunda instancia son mejores, más competentes que los de primera instancia. Sin embargo, al estar orientados a una función de revisión, de control, su labor es distinta. No tiene los mismos apremios de la primera instancia, tampoco la misma subjetividad que puede significar para ésta el contacto más permanente y cercano con las partes. Su perspectiva de análisis es distinta, diferencia que le imprime la propia naturaleza de su función revisora. El proceso en esta etapa, si se quiere, exige llenar vacíos de argumentación, de coherencia. La labor cognoscitiva, prioridad número uno en la primera instancia, tiene una carga menor (sin llegar a desaparecer) en la segunda instancia. En ésta, es la labor de control, de revisión de lo resuelto en primera

lugar de los hechos; fue el que estuvo en contacto real y directo con el proceso, el conflicto y sus protagonistas”. *Op. Cit.* Pág. 418.

instancia la que se constituye en su principal tarea, lo cual define su actuación.

En conclusión, si actualmente no es tolerable poderes sin control y si no es posible predicar la infalibilidad de la primera instancia, parece obvio que un proceso con doble instancia es el que se presenta como el más congruente con los principios de la tutela jurisdiccional efectiva.

4.5. Competencia por razón de grado y carga procesal

Al analizar la competencia por razón de grado, hay quien⁶⁶ considera que la complejidad de la vida jurídica moderna, hace imposible que un solo juez o un solo tribunal juzgue todos los casos, lo cual explica la necesidad de la distribución del trabajo en más de una instancia.

No creemos que la competencia por razón de grado sea la consecuencia de sobrecarga procesal de los juzgados. De ser así, ello significaría hipotéticamente que podría prescindirse de la doble instancia en aquellos distritos judiciales donde un solo juzgado o una sola Sala puede dar cuenta de su carga procesal. Lo cual consideramos insostenible si asumimos que lo que explica la razón de ser de la doble instancia es la de constituirse en una

⁶⁶ Cfr. LOUTAYF RANEA. Roberto G. El recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Legislación. Doctrina y Jurisprudencia. Editoria Astrea. Bs. As. 1989. Pág. 1.

garantía vinculada con el debido proceso, con la posibilidad de ejercer la defensa en más de una instancia, entre otros argumentos.

4.6. Derecho al recurso y derecho de defensa

Es necesario precisar que proceso y derecho a la defensa resultan consustanciales. No podemos hablar de proceso jurisdiccional sin exigir las condiciones mínimas para el ejercicio pleno del derecho defensa. Debemos tener presente que el proceso no se limita a la primera instancia, el proceso se extiende a través de todas las instancias que transcurre. En efecto, tal como lo señala Roberto G. LOUTAYF RANEA, el hecho que “el proceso se desarrolle a través de varias instancias, ello no invalida el carácter de unidad y de unicidad de la prestación jurisdiccional; la actividad jurisdiccional de primer grado como la de los grados ulteriores representan siempre momentos cronológicamente distintos de una única prestación”. Aún cuando la decisión jurisdiccional de la segunda instancia resulte totalmente discrepante de la emitida por la segunda instancia, “no se puede negar que también en tal caso continuará siendo única la prestación que los órganos jurisdiccionales están obligados a realizar”⁶⁷.

Siendo que el proceso jurisdiccional es *uno* a través de todas sus instancias, en consecuencia, resulta incongruente limitar una de las

⁶⁷ LOUTAYF RANEA. Roberto G. *Op. Cit.* pág. 10.

manifestaciones del derecho de defensa al limitar el proceso a una sola instancia, proscribiendo el derecho al recurso.

4.7. La motivación de las resoluciones judiciales y su revisión

En épocas en las que la justicia se encontraba sacralizada o era expresión directa de facultades regias, era explicable que el fallo de Dios o del rey no sea revisable, no cabía cuestionamiento: *respecto a la decisión de Dios o del rey, no sólo no cabe error alguno, sino que nadie podría estar por encima de él*. En consecuencia, la idea de infalibilidad hacía que tales decisiones no podían ser materia de revisión.

Junto con la pérdida de las connotaciones divinas o regias de la facultad de administrar justicia, se ha ido perdiendo el carácter incuestionable de la misma. Ya no será la procedencia divina o el peso de la autoridad la que legitime una decisión jurídica. Al respecto, CALAMANDREI señala que “Desde el momento en que la justicia ha descendido del cielo a la tierra, y se ha comenzado a admitir que la respuesta del juez es palabra humana y no oráculo sobrenatural e infalible, que se adora y no se discute, el hombre ha sentido la necesidad de utilizar razones humanas para declarar la justicia de los hombres, y la motivación constituye precisamente la parte razonada de la sentencia”⁶⁸. Las decisiones de los jueces y del resto de los órganos públicos tienen que ser motivados para tener

⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. EJEA. Bs. As. 1960, pág. 116.

no solo legitimidad sino también validez legal⁶⁹, Por ejemplo, vinculado con las insuficiencias en la motivación, podemos encontrar *sentencias arbitrarias*: aquellas cuyo fundamento es tan endeble o incurre en vicios tan graves, que equivale a una falta o carencia de motivación⁷⁰. Lo cual convierte a la motivación en un elemento consustancial de los actos de administración de justicia. La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales desde hace mucho tiempo es un imperativo en todos los ordenamientos procesales. Nuestra Constitución establece expresamente que es un principio y un derecho de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias.

Ya desde la configuración y vigencia del Estado de Derecho, uno de sus valores predominantes, o podría decirse *fundantes*, es “la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos”⁷¹. Y es que, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA “La idea de la interdicción de la arbitrariedad es una evidente idea matriz del ordenamiento, remite inmediatamente, por ello mismo, al plano del valor de la justicia material, ***expresa con acierto que se trata de un auténtico control de fondo***, que se

⁶⁹ La exigencia de la motivación de las decisiones, adopta tal plenitud que ha evidenciado la necesidad de indagar por teorías que no solo expliquen sino que desarrollen mecanismos de control de la motivación, nos estamos refiriendo al auge que está alcanzando las teorías de la argumentación jurídica, iniciada desde los inicios de la segunda mitad del siglo pasado.

⁷⁰ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Hector. *La constitución y proceso civil en latinoamérica*. UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas. México, 1974. Pág. 97.

⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1197, Segunda Edición, pág. 21.

contrapone sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas (...) y tiene a la vez la misteriosa mezcla de precisión (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios) que es peculiar de los auténticos principios de derecho”⁷².

Tal exigencia de exteriorizar la motivación de una decisión judicial tiene como indispensable contrapartida la posibilidad de cuestionar la motivación. Sólo de esa manera se explica la importancia que se da a la motivación. De lo contrario, si es que no podría ser posible el cuestionamiento de la motivación, no tendría sentido su exigencia ni el importante valor que se le reconoce. Sería una exigencia absolutamente irrelevante. Como precisa CALAMANDREI, “la motivación tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea la de poner a las partes en condición de verificar si en el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido pueden descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivos a los diversos medios de impugnación”⁷³.

Es en este contexto donde la revisión de las decisiones judiciales por un órgano distinto del emisor, adquiere estrecha vinculación

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo “La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 30, Año 1959. Pag. 160.

⁷³ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. EJEA. Bs. As. 1960. pág. 118.

con la exigencia de motivación: ***la motivación es considerada como garantía esencial de la impugnación.*** Entre aquella y la facultad de revisión, podría compararse a las dos caras de la misma moneda. La revisión es a la motivación lo que la sombra es al sol. Si bien las insuficiencias de la motivación también pueden ser controladas mediante el recurso de casación; sin embargo, en este recurso, como es sabido, sólo puede alegarse cuestiones vinculadas a la aplicación, inaplicación e interpretación del derecho; por lo que los problemas de motivación respecto a la admisión o valoración de las pruebas, estarían proscritas de control vía recurso de casación.

Siendo la exigencia de motivación predicable de todas las resoluciones (a excepción de las de mero trámite, claro está), independientemente de la vía procesal (penal, civil, laboral, etc, etc), entonces, la posibilidad de impugnación es una exigencia de todo tipo de proceso judicial y no únicamente del proceso penal; de lo contrario, estaríamos ante una exigencia donde las posibilidades de control de las deficiencias en la motivación, se encontrarían sustancialmente mermadas. Lo cual significaría llegar al absurdo de sostener que la rigurosidad y exigencia de la motivación tiene mayor valor para el ordenamiento legal sólo en los procesos penales. Sobre la razones que sustentan la generalización de la doble instancia ver infra 4.9.

4.8. La racionalidad instrumental de la ley procesal y *derecho al recurso*

Cuando el Estado se reserva la facultad de resolver conflictos intersubjetivos, no solo surge un derecho por parte de los ciudadanos (el acceso a la justicia) sino también se crea una obligación por parte del Estado (administrar justicia eficientemente). En este contexto, la primera racionalidad que se le debe exigir a la normatividad procesal es la su *funcionalidad*: “*la ley procesal es racional en sentido instrumental si regula un procesamiento que sirve adecuadamente a los fines de la administración de justicia*”⁷⁴. ¿Qué se puede esperar racionalmente de un proceso? Responder esa pregunta puede resultar sumamente polémico, lo cual nos presenta el riesgo de desviarnos de nuestro objetivo.

No obstante, podríamos convenir con TARUFFO que entre las expectativas que se debe tener de un proceso, es que éste debe crear las condiciones para “*la formulación de decisiones justas y (para) la efectiva tutela de los derechos de los sujetos interesados*”; en consecuencia, un proceso sería instrumentalmente racional si contiene instrumentos para “*la realización efectiva de los derechos, (y) que incluya remedios para el control relativo a la justicia de las decisiones*”⁷⁵ (el resaltado en negrita, es nuestra).

⁷⁴ TARUFFO, Michele. “Racionalidad y crisis de la ley procesal”. *Doxa*. N° 22, 1999. Pág. 312.

⁷⁵ TARUFFO, Michele, *Idem*.

Es cierto que *justicia que tarda es justicia que se niega*. Pero un proceso que, en busca de la celeridad, renuncie a su racionalidad de origen (el de ser el instrumento para la formulación de decisiones justas y para la efectiva tutela de los derechos), en aras de la pura y simple resolución rápida de las controversias jurídicas, trasladaría la ley del más fuerte, del más hábil, al escenario procesal. Con ello el proceso estaría renunciando a su legitimación social: resolver el conflicto en términos de conseguir una solución justa. Pues, como bien señala MORELLO, el proceso es el llamado, no solo a evitar la privación de la justicia, sino también, a que exista una **efectiva prestación de justicia**⁷⁶.

Por el contrario, un proceso que permita la igualdad efectiva de las partes (lo cual parte necesariamente por reconocer que no siempre las partes se encuentran en pie de igualdad), no puede eliminar espacios de mayor reflexión de la decisión que se va a tomar por preferir la celeridad procesal. Como ya vimos, un argumento en contra de la funcionalidad instrumental de la revisión judicial, señala tajantemente que “no existe razón alguna que justifique la impugnación”. ¿Será posible que no exista alguna razón que justifique la revisión de las resoluciones? ¿Sería coherente un proceso de instancia única con la racionalidad propia del proceso?

Con un proceso con instancia única, la decisión final se reduciría a la voluntad de un solo órgano, el cual ejercería un gran poder

⁷⁶ MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*. Editora Plantense, Bs. As. 1988. Pág. 15.

autocrático. Si el Juez de única instancia ejercerá su función de manera autocrática, sin que su actividad pueda ser controlada por los sujetos (las partes en el proceso) que podrían verse afectados por tal decisión, ¿cómo se justificaría, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, tal forma de ejercicio del poder? ¿Este modelo de proceso realmente estaría resolviendo los conflictos jurídicos? Los estaría remitiendo a instancias extrajudiciales donde la justicia de propia mano se expresa en linchamiento.

Indudablemente que tal modalidad de ejercicio del poder no solo sería injustificable en los tiempos actuales, donde no existe poder sin control, sino que se estaría reeditando dentro del escenario del proceso, las mismas taras del poder del Estado absolutista. En el lugar del monarca, se estaría poniendo al juez de única instancia. La arbitrariedad encontraría en dicho sistema un hábitat perfecto. De ser así, el proceso sería la creación más monstruosa que el ingenio humano podría haber creado, pues solo serviría para traer del pasado las prácticas de los regímenes absolutistas y, lo cual sería más cruel aún, para cubrir con el manto honorable de la justicia, la supremacía del débil sobre el fuerte.

La esencia de un proceso que busca la composición justa de las controversias, no es la de presentarse y actuar como un instrumento esencialmente técnico, ajeno de una necesaria dimensión axiológica. La validez sustancial del proceso no está en su apego al procedimiento, a las formas, sino en los resultados sustantivos que éste pueda conseguir, al constituirse en

instrumento de justicia. Tal finalidad puede ser debilitada por el error o por la arbitrariedad. Ambas deformaciones de los fines del proceso, encuentran su corrector más eficiente en una opción revisora, no en un proceso con instancia única. De allí que, así como la validez de las disposiciones legales no se encuentra en la conformidad con su procedimiento de creación, sino en su contenido; igualmente, la validez y congruencia con el Estado Constitucional no está en que exista un procedimiento regulado para resolver ante un juez los conflictos jurídicos, requiere además, que dicho procedimiento contenga las mínimas garantías para hacer del proceso un espacio de deliberación suficientemente completo como para que exista una derecho a una segunda opinión: el derecho a la revisión de las decisiones judiciales.

En el Estado Constitucional, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, como garantías procesales, dibujan una configuración diferente del proceso⁷⁷, permitiendo la actuación de un proceso orientado directamente a la defensa de los derechos. En este contexto es posible afirmar, como lo ha señalado el TC que, “las actuales constituciones evidencian un notable interés por las condiciones de realización de la justicia”, tales “garantías razonables de un proceso debido se constituyen en mandatos que

⁷⁷ Un excelente bosquejo de ese nuevo rostro del proceso, dentro del Estado Constitucional de Derecho, es posible encontrarlo en varias de las publicaciones del profesor Giovanni PRIORI POSADA. Entre ellas, su reciente ponencia titulada “El proceso en el Estado Constitucional”, antes ya citada en esta Tesis, resulta singularmente interesante.

buscan superar una concepción tradicional del proceso, de modo tal que éste pueda constituirse en un mecanismo idóneo y eficaz en la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas”⁷⁸.

4.9. Generalización del *derecho al recurso* contra las decisiones judiciales

Luego de haber expuesto un conjunto de razones que permiten advertir, a nuestro criterio y desde nuestra concepción del proceso, que no es posible ahora sustentar la legitimidad de un proceso con instancia única y que la doble instancia es consustancial a los objetivos de la tutela de derechos en los procesos jurisdiccionales, surge el siguiente corolario: *la doble instancia debe exigirse en todo tipo de procesos y no solo en los procesos penales*. A continuación desarrollaremos algunas razones al respecto.

Invocando la regulación en las normas internacionales de derechos humanos, como el PIDCP, se ha proclamado que la exigencia de la doble instancia está limitada a los procesos penales, no aplicándose para los demás procesos judiciales. Tal tesis se sustenta en el hecho que los referidos instrumentos jurídicos internacionales se refieren al *derecho del condenado* por un delito “o, de manera extensiva, a

⁷⁸ Las citas de este párrafo corresponden a los fundamentos jurídicos 5 y 6 de la STC N° 0023-2005-PI/TC.

quien, a pesar de ser absuelto, sufrirá, a raíz de la decisión, una medida de seguridad o corrección”⁷⁹.

El Tribunal Constitucional español, en reiterada jurisprudencia ha indicado que el derecho al recurso es imperativo sólo en el campo de la jurisdicción penal⁸⁰. Tal conclusión se sustenta en que el citado derecho al recurso se encontraría inscrito dentro del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva regulada en el inciso 1 del artículo 24⁸¹, el cual se hace concordar con lo previsto en el artículo 14.5⁸² del PIDCP. Así, tanto el contenido como el habitat propio del derecho al recurso se encuentre determinado por los límites geográficos-procesales definidos en la referida disposición del PIDCP. Es en este contexto que se llega a afirmar que “Nada existe, en tratado o acuerdo internacional de ningún tipo, equiparable a la previsión que para toda persona condenada por un delito resulta

⁷⁹ B.J. MAIER, Julio. “Acerca de la garantía procesal del recurso contra la condena penal en las convenciones internacionales sobre derechos humanos”. En: *Antología. El proceso penal contemporáneo*. Ed. Palestra. Lima, 2008. Pág. 726. Es de la misma opinión, Juan C. Hitters, *Técnicas de los recursos ordinarios*. Editora Platense, La Plata, 1988. pág. 91 y ss.

⁸⁰ Es preciso señalar que la Constitución española no contiene una regulación que haga exigible el derecho a la pluralidad de instancias, como nuestra Constitución.

⁸¹ El artículo 24 de la Constitución española prevé lo siguiente: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

⁸² “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

del artículo 14.5 PIDCP, por lo que nada puede extraerse por semejante vía interpretativa para los recursos en los órdenes jurisdiccionales diversos del penal”⁸³. Desde esta interpretación, ante la ausencia de la regulación de la doble instancia en la Constitución española, el TC español subraya que es perfectamente “imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan [los medios impugnatorios], salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)”⁸⁴.

El Tribunal Constitucional español ha delimitado el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en los siguientes términos: “ Consiste –dice la jurisprudencia constitucional– en el derecho a obtener una sentencia o resolución sobre la demanda o pretensión formulada, que habría de ser en todo caso motivada o fundada; que podrá ser favorable o adversa al demandante e incluso de inadmisión o desestimación si no se cumplen los requisitos o exigencias establecidos por las normas procesales”⁸⁵. Es por eso que, dentro del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, según el TC español, no se encuentra el

⁸³ SÁIZ ARNAÍZ, Alejandro. “Aforamiento y doble grado de jurisdicción”. En: *Parlamento y Constitución. Anuario*. N° 5. 2001.

⁸⁴ STC 241/2007 (FJ 2). Igualmente, en la STC 253/2007 el Tribunal constitucional español volvió a ratificar dicho criterio, considerando que “Debe recordarse que constituye doctrina reiterada de este Tribunal que “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que ... exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal” (STC 71/2002, de 8 de abril, FJ 3)”

⁸⁵ VASQUEZ SOTELO, José Luis. En el prologo al libro de Jaime SUAU MOREY. *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*. Bosch. Barcelona, 1995. Pág. 15.

derecho al recurso procesal⁸⁶: tan constitucional resultará, entonces, un proceso con instancia única como otro con doble instancia.

Siendo cierto el referido criterio del Tribunal Constitución español⁸⁷, llama la atención que el propio Tribunal señale que el derecho al doble grado de jurisdicción no sería sino “una más de las facultades o posiciones jurídicas mediante las que se manifiesta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con el que se abre el art. 24.1 CE”⁸⁸. El numeral citado señala que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Sin embargo, como surge de una simple lectura del citado artículo 24 de la Constitución española⁸⁹, en ninguno de sus dos incisos, ni

⁸⁶ Es decir –según esta tendencia– no existiría un derecho a la impugnación, salvo que la impugnación se encuentre regulada en la ley, en cuyo caso se habla del derecho al recurso regulado por la ley. Solo en ese escenario, sería exigible el derecho al recurso, no siendo posible su inobservancia.

⁸⁷ El 6 de abril del 2001, se publicó en el BOE 8 sentencias del TC español (de la 63/2001 a 70/2001), en las cuales se advierte que el referido criterio se mantiene.

⁸⁸ SÁIZ ARNAÍZ, Alejandro. *Op. Cit.* Pág. 75.

⁸⁹ Constitución española. Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

el párrafo final del citado artículo, se refieren a los medios impugnatorios. No hemos encontrado un argumento desarrollado por el TC español que sustenté el porqué ubica el derecho a la doble instancia en el primer inciso y no en el segundo. Por su parte, José GARBERÍ LLOBREGAT advierte que “ninguno de los inconvenientes y paradojas [que presenta ubicar a la doble instancia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva] (...) hubiese tenido lugar, ni se daría esa absoluta subordinación de la vigencia de todo un derecho fundamental a las decisiones contingentes y coyunturales de cada legislador ordinario, si el Tribunal Constitucional hubiese entendido que el derecho a los recursos sí se encontraba directa e inmediatamente incluido en el también genérico derecho a un proceso con todas las garantías (Art. 42.2. CE)”⁹⁰.

El ubicar el derecho a la doble instancia como parte del contenido constitucional del derecho al proceso con todas las garantías “se revela, (...), mucho más adecuada desde el punto de vista técnico-jurídico (...), porque (...) los medios de impugnación (como por otra parte es ciertamente indiscutible, y nadie en su sano juicio lo duda) son, en realidad una *garantía esencial del proceso* (una garantía del acierto judicial en la resolución de las controversias, una garantía

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

⁹⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Bosch. 2008. Pág. 137.

para el justiciable que ve en ellos un elemento que hace del proceso un instrumento más fiable y seguro (...)”⁹¹.

Sin embargo, y dentro del marco argumentativo antes expuesto, se debe tener presente que, en otra sentencia, el propio Tribunal Constitucional español ha señalado que “el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2. CE”⁹². Lo cual evidencia que no siempre el TC español ha tenido un argumento uniforme y fuerte para ubicar a la doble instancia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva. Es en tal contexto, que resulta pertinente volver a citar a José GARBERÍ LLOBREGAT, cuando, asumiendo que el TC español siempre ubicaba a la doble instancia en el inciso primero del citado artículo 24, señala que “si el Tribunal Constitucional hubiese caído en la cuenta de que los medios de impugnación constituyen una innegable garantía esencial de la actividad procesal, entonces, en buena lógica, debería haber concluido en que el derecho a acceder y utilizar los mismos, tanto en la esfera civil como en la penal, claramente formaba parte integrante del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías”⁹³.

⁹¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Op. Cit. Loc. Cit.*

⁹² SAIZ ARNAÍZ, Alejandro. *Op. Cit.* Pág. 78. Ver la referencias a las sentencias del TC que hace el autor citado.

⁹³ *Idem.*

En ese marco, nos preguntamos ¿acaso negar la posibilidad de la revisión del fallo emitido en un proceso distinto al penal no crea un estado de indefensión? ¿tal proceso puede ser calificado como uno “con todas las garantías”? En esta línea argumentativa, VASQUEZ SOTELO señala que el planteamiento del TC español resulta insatisfactorio, la doble instancia es algo “que tradicionalmente se ha reconocido a lo largo de los siglos en casi todas las legislaciones”⁹⁴. **“A la luz de los principios jurídico-naturales y de las garantías constitucionales no se ve por qué ha de ser de peor condición el vencido en un proceso civil, administrativo o laboral (que puede haber perdido cosas que para él pueden tener un valor incluso superior a la libertad) que el condenado en un proceso penal (que puede serlo por infracciones no necesariamente de la máxima gravedad)”**⁹⁵. De allí que SOTELO considera, en la línea de las interrogantes antes planteadas, que “El error de la jurisprudencia del T.C. puede ser haber relacionado la proyección constitucional de los recursos con el derecho a la tutela judicial efectiva y no con el «proceso con todas las garantías» que también proclama expresamente nuestra Constitución. El planteamiento correcto no debería haberse apoyado en el num. 1 sino en el num. 2 del art. 24 C.E.”, precisa, para concluir señalando que “Dentro de esa definición de proceso plenamente garantizado

⁹⁴ *Idem, Op. Cit.* Pág. 16.

⁹⁵ VASQUEZ SOTELO, José Luis. *Idem.* Pág. 16.

debe considerarse incluido el doble grado jurisdiccional como garantía básica que todo sistema procesal debe contener”⁹⁶.

Cómo hemos visto, la exigencia de motivación de las decisiones judiciales es prácticamente una regla en todas las legislaciones, y ahora más que antes, inclusive. Cómo entender, entonces, tal exigencia de motivación sino tengo la posibilidad de poder intentar un control de tal obligación de motivación. *Órgano que siente que sus decisiones no serán sujetos de impugnación ante otra instancia, tendrá a la obligación de motivación, como menos imperativa.*

Con una Constitución que reconoce expresamente el derecho a la pluralidad de instancias, resulta inexplicable que nuestro Código Procesal Constitucional establezca, siguiendo la línea del Tribunal Constitucional español⁹⁷, que el derecho a la tutela procesal efectiva ⁹⁸, contiene el derecho “a acceder a los *medios impugnatorios regulados*” (art. 4 del C.P.Const.). En la peor de las circunstancias, mientras el derecho a la pluralidad de instancias se mantenga en nuestra Constitución, lo correcto debería ser que el derecho a la tutela procesal efectiva contenga el derecho a un proceso con dos instancias, en todos los ordenamientos procesales, no solo en el penal. Salva tal limitación del C.P. Const. el hecho que

⁹⁶ *Idem.* Pág. 17

⁹⁷ Que podría ser explicable, considerando que su Constitución no reconoce el derecho a la pluralidad de instancias, como sí lo hace la nuestra.

⁹⁸ Derecho creado en el citado código procesal, cuyo contenido comprende aspectos tanto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, según lo previsto en la doctrina, y el derecho al debido proceso.

la relación de expresiones de tutela procesal efectiva, es meramente enunciativa, tal como expresamente lo prescribe el citado art. 4.

Respecto a la exigibilidad de la doble instancia en todo tipo de proceso, resulta pertinente citar el voto concurrente razonado del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. En efecto, admitiendo que la Convención Americana dispone, en materia de garantías judiciales, que el inculpado de delito tendrá derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (artículo 8.2.h), precisa –y esto es lo que nos interesa resaltar– que **“Esta garantía concurre a integrar el debido proceso legal, extendido por la Corte a todos los supuestos de enjuiciamiento, no sólo a los de carácter penal, y que en mi concepto puede proyectarse también al sistema de protección judicial previsto en el artículo 25 del Pacto de San José, si se entiende que este recurso, con entidad propia que le distingue del procedimiento al que se refiere el artículo 8, debe ajustarse igualmente al régimen del debido proceso legal, con lo que esto implica”**⁹⁹.

En la misma línea, la referida Corte Interamericana, en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, precisó enfáticamente que “Ya la

⁹⁹ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 28.

Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo (artículo 8.2.h) no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”(párr. 70)¹⁰⁰.

4.10. Conclusión

El dilema en torno a la doble instancia es en realidad el dilema entre celeridad procesal y rigor procesal; entre celeridad procesal y proceso con las mínimas garantías de tal forma que posibiliten (no que aseguren, porque ello es imposible) tutela jurisdiccional más efectiva en términos de legitimidad sustantiva de las decisiones.

Ya hemos advertido en el primer capítulo de la presente tesis, que no existe prueba alguna que nos demuestre que hay una relación directa entre doble instancia y la dilación indebida del proceso. Es más, tampoco existe argumento que sustente que la demora en la toma de decisión en la segunda instancia es una dilación *indebida*.

¹⁰⁰ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf, Consultado el 5 de enero de 2010. Anteriormente, la Corte ya había desarrollado este criterio, en el párr. 149 de su Sentencia emitida en el caso Paniagua Morales y Otros. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Puede verse el texto de la referida sentencia en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2065/1.pdf>. Consultado el 5 de enero de 2010.

Un proceso orientado a la tutela de los derechos debe estar en condiciones de aceptar cierta dilación procesal natural en aras de la tutela de derecho. Ello concuerda con la racionalidad instrumental del proceso. El proceso no ha sido creado para legitimar sus decisiones mediante la imposición de un mal entendido principio de autoridad que etiquete de justo e infalible la decisión de la primera instancia por el sólo mandato del legislador procesal.

Detrás de la revisión judicial, detrás de la doble instancia, existen otros principios y valores que se juegan la vida. Tal es el caso de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales. Es imposible ahora concebir una decisión judicial sustantiva, no las de mero trámite, sin motivación, sin que exista la obligación de sustentar las razones que la legitiman. Si eso es así –y no podría ser de otro modo–, la eficacia de dicha obligación de motivar sería nula, se reduciría a la mera formalidad, si no existiría la posibilidad procesal de cuestionar dicha motivación: *para qué motivar si no es posible cuestionar, impugnar.*

Podría decirse que eliminada la doble instancia, seguiría siendo posible impugnar vía el recurso extraordinario de casación o mediante la impugnación de lo decidido en primera instancia en otro proceso de nulidad de sentencia. Al respecto dos consideraciones que evidencian lo contradictorio y poco funcional de dicha opción: *primero*, si se cuestiona la doble instancia por ser causa de la dilación procesal, cómo se justificaría la natural dilación procesal para resolver la casación, máxime si las segundas

instancias son numéricamente mayores que las Salas de la Suprema que resuelven en casación, lo que adiciona mayor tiempo a la resolución del caso; *segundo*, además se debe considerar que dado el carácter extraordinario del recurso de casación, las posibilidades de una prolija revisión de lo decidido se encuentran sustancialmente limitadas, no asegurando una tutela eficiente de los derechos. Las consideraciones expuestas precedentemente están presentes en todo tipo de proceso, no solo en los procesos penales, por lo que existiendo las mismas razones, se concluye que la doble instancia debe ser exigible en todo tipo de proceso jurisdiccional como una de las garantías mínimas.

V. CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO AL RECURSO

SUMARIO: 5.1.- Nota preliminar.- 5.2. La doble instancia como principio.- 5.3.- ¿La pluralidad de instancias supone nuevo grado de jurisdicción (*novun iudicium*) o sólo la simple revisión

del acto impugnado?- 5.4.- Doble instancia como contenido constitucional del derecho a la pluralidad de instancias.- 5.5.- La apelación no requiere, en todos los casos, de un órgano jerárquicamente superior.- 5.6.- Obligación de los órganos jurisdiccionales para inaplicar requisitos excesivos y a que actúen en función del principio *pro actione*. 5.7.- La apelación proscribire la *reformatio in peius*.- 5.7.1.- Fundamento de la proscripción de la *reformatio in peius*. 5.7.2.- ¿Pueden existir excepciones a la prohibición de la *reformatio in peius*?.- 5.8.- Doble instancia y la ejecución inmediata de la sentencia impugnada.- 5.9.- Conclusión.

5.1. Nota preliminar

En el capítulo Cuarto, hemos expuesto las razones que, a nuestro criterio, demuestran la funcionalidad garantista de la doble instancia. Siendo, entonces, la doble instancia un presupuesto esencial de todo proceso jurisdiccional, surge la necesidad de asegurar su vigencia real, su eficacia sustantiva, lo cual no se satisface con el simple reconocimiento legislativo de la existencia del recurso de apelación.

Cuando la Constitución reconoce el principio y el derecho a la pluralidad de instancias (Art. 139, 6), no precisa cuál es el contenido y el alcance de lo que en virtud de dicho derecho se tiene como constitucionalmente protegido. En efecto, el solo reconocimiento constitucional del derecho a la doble instancia no es garantía suficiente para dar por satisfechas las razones que sustentan su existencia. La eficacia de la doble instancia está en función directa con determinadas exigencias mínimas que debe

observar la regulación procesal¹⁰¹. Lo cual nos lleva a la necesidad de delinear o delimitar cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia. Tal cometido es sumamente fundamental, pues, saber cuál es el contenido del derecho a la pluralidad de instancias, nos permitirá evaluar si determinada regulación procesal sintoniza con dicho contenido esencial o por el contrario representa una colisión con dicho contenido, o, por ejemplo, si resulta suficiente tener reguladas dos instancias, o de repente, si para considerar conforme con el citado derecho se requiere de tres instancias.... Así pues, “la determinación del contenido de un derecho ayuda a establecer si una acción o una omisión del poder público (en particular del legislador) es constitucionalmente legítima o por el contrario debe ser rechazada por constituir una restricción que vulnera el contenido constitucional del derecho”¹⁰². Identificar el contenido esencial es el paso previo para salir del lado meramente formal del derecho y pasar al lado material, sustantivo del mismo.

Delimitar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional, consiste en identificar pautas generales *prima facie*, determinar el conjunto de garantías, facultades y

¹⁰¹ Lo cual es una expresión del cambio de paradigma que representa el llamado Estado Constitucional de Derecho, pues según este nuevo paradigma, la existencia de una constitución material implica que ésta *le dice* al legislador no sólo qué no puede hacer sino qué tiene que hacer para satisfacer los principios y valores que la Constitución recoge.

¹⁰² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Palestra, Lima 2005. Pág. 233.

posibilidades de actuación que la Constitución reconoce inmediatamente a los titulares del derecho, “estas concretas facultades y poderes, en cuanto manifestaciones o proyecciones del bien jurídico a cuya tutela se encomienda el derecho fundamental, constituye su contenido constitucionalmente protegido”¹⁰³.

Dada la naturaleza principista de los derechos constitucionales (naturaleza que comparte la doble instancia, como se verá inmediatamente), determinar en abstracto el contenido constitucionalmente protegido, es una primera aproximación a dicho contenido, aproximación que parte, como se verá, de supuestos de hecho bien identificados; en consecuencia, en esta etapa –de determinación en abstracto– no se puede pretender agotar la identificación del contenido constitucionalmente protegido, será la casuística la que evidencie la existencia de otras aristas que conforman también el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Esto va en la línea de lo expresado en el numeral 4.2. de la presente tesis, cuando se señaló que “cada controversia con relevancia jurídica que se presenta en la sociedad, es un “*diapasón*” que permite al operador jurídico ver si tal disposición, genérica y abstracta, *sintoniza* con los intereses, valores y principios que están interactuando en cada caso concreto, en cada controversia jurídica”. Hay pues una relación dialéctica

¹⁰³ MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid, 1996, pág. 11.

entre caso y disposición legal, entre caso y derecho: frente a un futuro caso concreto, el derecho a la doble instancia puede significar una ampliación de su contenido constitucionalmente protegido o puede ceder frente a otro derecho o principio¹⁰⁴. La realidad exige pues reconocer que, en materia de delimitación de los derechos, existe un contenido constitucionalmente protegido móvil¹⁰⁵.

5.2. La doble instancia como principio

La actual Teoría del Derecho distingue, entre todas las disposiciones legales, fundamentalmente, dos clases¹⁰⁶: *reglas* y *principios*. Las reglas, se dice, serían aquellas disposiciones cuya estructura o forma responde a la de *supuesto de hecho y consecuencia jurídica* (dado “A”, entonces “B”) y por tanto, su aplicación resultaría inevitable si se presenta en la realidad el

¹⁰⁴ Como el caso de la colisión con el principio de interés superior del niño al que aludimos más adelante, en el numeral 5.6.2.

¹⁰⁵ Hoy ya no es posible hablar, como en la doctrina jurídica tradicional, de la *naturaleza jurídica*, con la pretensión de encontrar la esencia de las instituciones jurídicas. Éstas no tienen una naturaleza inmutable, pétrea, los derechos no vienen “configurados de fábrica”. Por el contrario, su contenido y su razón de ser es el resultado de cada tiempo y circunstancia concreta. A eso aludíamos cuando hacíamos referencia al contenido esencial *móvil* de los derechos.

¹⁰⁶ También consideran las directrices. Para nuestro propósito, basta referirse solo a los tipos de normas. Es necesario precisar que en la doctrina existen varias posiciones respecto a la naturaleza y funcionalidad de las reglas y de los principios. No es este el lugar como para entrar a tal cuestión, por lo que solo hacemos una mención enunciativa y genérica de la diferenciación con la finalidad de ubicar a la doble instancia dentro de la tipología de principio. Al final, al parecer, la única forma de determinar si estamos ante una regla o a un principio, depende de cómo se comportan las disposiciones legales frente a un caso concreto. Resulta muy conflictiva la división absoluta y en abstracto entre lo que es una regla y lo que es un principio.

respectivo supuesto de hecho, no hay “medias tintas”: si se produce el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica se desencadena de manera íntegra e inevitable, salvo que la aplicación de tal regla colisione con otra regla o con un principio.

Por el contrario, en la estructura de los principios, no es posible encontrar supuesto de hecho y consecuencia jurídica; los principios se expresan mediante cláusulas con supuesto de hecho indeterminado o abierto. Su aplicación admite grados, es posible identificar supuestos de prelación entre principios, en los cuales un principio puede primar respecto de otro, sin que ello implique la derogación de aquel: admite grados de aplicación, de allí que se ha considerado que, respecto a su aplicación, los principios serían *mandatos de optimización*.

Todas las características anotadas respecto a los principios, se cumplen respecto a la pluralidad de instancias. En efecto, cuando la Constitución regula la doble instancia dispone que “*son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la pluralidad de instancias*”. Como no podría ser de otro modo, dado su carácter de principio, la constitución reconoce la existencia del derecho a la doble instancia de manera genérica. Tal generalidad no enerva su vinculación para con el legislador, por el contrario, tal disposición constituye un *mandato* para el legislador procesal¹⁰⁷, un mandato que el

¹⁰⁷ El efecto que tiene la regulación constitucional en la configuración de determinadas instituciones propias de las disciplinas especializadas como por ejemplo el derecho de familia ha sido muy bien expuesto por el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en relación con el

legislador infraconstitucional y el juez están obligados a maximizar, el uno al momento de legislar, el otro al momento de administrar justicia.

Tal mandato debe manifestarse desde una doble perspectiva¹⁰⁸, ambas igualmente relevantes y obligatorias. Por un lado la regulación constitucional de la pluralidad de instancias se constituye en un *mandato negativo* para el legislador procesal, en el sentido que el reconocimiento constitucional de la doble instancia representa para el legislador procesal, una prohibición para regular procesos judiciales con instancia única, pues eso sería ir contra el mandato constitucional de la pluralidad de instancias. Por otro lado, implica un mandato positivo, en el sentido que constituye un imperativo para que el legislador procesal establezca disposiciones que permitan la efectividad real de la doble instancia y no se agote en la mera formalidad.

Habiendo considerado que el derecho al recurso es un principio exigible como garantía mínima consustancial a todo proceso judicial, resulta necesario delimitar cuál es su contenido

efecto del reconocimiento constitucional a la familia y al matrimonio, en el artículo 4°, en la [STC N° 2868-2004-AA/TC](#), del 24.11.2004, el Tribunal Constitucional ha señalado que “De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer *se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial*. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido”

¹⁰⁸ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Editorial MCGRAW-HILL. España. Año de Edición: 1996, 1ª edición. Pág. 4.

constitucionalmente protegido, cuál es la exigencia mínima que debe observarse respecto de tal derecho para que el mismo permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses cuya tutela constituye la razón de la existencia del derecho, ¿cuáles son esas exigencias mínimas para considerar satisfecha dicha garantía mínima? o, si se quiere, formulado en otros términos, ¿qué regulaciones afectarían gravemente dicho derecho hasta hacerlo simplemente en un *recurso espectro*?

5.3. ¿La pluralidad de instancias supone nuevo grado de jurisdicción (*novun iudicium*) o sólo la simple revisión del acto impugnado?

La doctrina ha identificado dos sistemas de apelaciones: apelación plena y apelación limitada. El primero, apelación plena, postula que la segunda instancia es, o debe ser, un nuevo proceso. El segundo sistema, apelación limitada, ve en la apelación el instrumento procesal para pasar a una fase de mera revisión del acto impugnado, dejando en pie e intangible todo lo demás actuado en la primera instancia ¿cuál de estos sistemas sintoniza mejor con la funcionalidad y racionalidad del derecho a la pluralidad de instancias?

Las críticas más fuertes contra la apelación parecieran estar dirigidas contra la apelación nuevo proceso y no precisamente contra la apelación concebida como de mera revisión del acto impugnado. Argumentos como la innecesaria repetición, en la

segunda instancia, de todo lo actuado en la primera instancia, o los cuestionamientos respecto a la desvaloración de lo actuado en la primera instancia, parecieran sugerir eso. Jaime GUASP¹⁰⁹ advierte eso cuando señala que las críticas a la segunda instancia, resultan atendibles si las entendemos dirigidas contra la concepción de la apelación como renovación procesal (apelación nuevo proceso), pero no contra la concepción de la apelación como revisión procesal, pues no se sabe –señala GUASP– la razón de repetir sustancialmente los trámites que han llevado a un resultado procesal que se supone inexacto. La apelación mera revisión del acto impugnado, no significa ignorar lo actuado en primera instancia, sino por el contrario “se aprovecha de ella y depura las conclusiones (de la primera instancia) con un método peculiar y propio, no se puede sustituir la primera instancia por la apelación, porque precisamente la apelación, en la concepción revisora, realiza su función en base de contar con material previo, con la resolución de primera instancia que se trata de mejorar”¹¹⁰.

Para GUASP, desde una concepción de la apelación-revisión, “la apelación puede concebirse como la prueba de una operación matemática, a los efectos de la garantía de su resultado. Si la prueba consiste en la repetición de la misma operación, es muy de temer

¹⁰⁹ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. P. 732-733. Citado por Roberto G. LOUTAYF RANEA. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia*. Tomo 1. Ed. Astrea, Bs. As. 1989. Pág. 13.

¹¹⁰ *Idem*. Pág. 13.

que el error, de existir, vuelva a ser reproducido. En cambio, si la prueba consiste en practicar una operación distinta, que diga si la primitiva resulta o no correcta, sí constituye un mejoramiento sustancial y una fuente de eliminación de posibles errores”¹¹¹. Si no diéramos importancia al factor experiencia en el conocimiento –lo cual es difícil de sustentar-, este argumento resulta, en abstracto, lógicamente coherente: volver a caminar toda una misma ruta, suma a este segundo intento, las mismas posibilidades de errores y aciertos existentes en la primera oportunidad.

La justificación de la apelación-mera revisión que hace GUASP, es asimilable al método y valor de la prueba de los nueve para la suma. Sin embargo, creemos que tal símil no es posible aplicarla de manera mecánica y automática para explicar la funcionalidad de la doble instancia.

El método de la prueba de los nueve en la suma, los sumandos son datos incuestionables y por lo tanto la verificación del resultado pasa por un método que no evalúa la validez de dichos sumandos, sino el resultado mismo. La prueba de los nueve no dice nada respecto a si los sumandos son los correctos, los asume como tales. La prueba de los nueve sólo permite verificar si el resultado es correcto. Tales presupuestos no se dan en un proceso judicial, la sentencia de primera instancia no es el resultado de “sumandos” incuestionables, por el contrario la sentencia es dependiente en un

¹¹¹ Idem, pág. 14.

cien por ciento de todo aquello que se haya considerado como los “sumandos” (las pruebas y el razonamiento usado en la valoración de aquellas y de los mismos argumentos expuestos en el proceso). Estos “sumandos” requieren reevaluarse en segunda instancia. Justamente en la sentencia, la posibilidad del error o del dolo, conviene decirlo, está en los referidos sumandos, son éstos los que determinan el resultado (la sentencia). Acierta GÓMEZ ORBANEJA, en opinión compartida por Juan MONTERO AROCA¹¹², cuando señala que “el tribunal de apelación no comprueba un resultado como se comprueba una operación matemática, sino que lo hace otra vez, con los mismo datos”¹¹³.

Por eso, una apelación de mera revisión del acto impugnado, no resulta suficiente para una adecuada tutela jurisdiccional efectiva, pues vendría a constituirse no en un espacio del proceso que permita potencialmente reducir la posibilidad de la falibilidad humana sino en la convalidación del error o de la arbitrariedad. Usando el símil propuesto por GUASP, la apelación-revisión resulta equivalente a la prueba de los nueve en la suma. Su estrecho campo de acción limitada a la revisión del acto impugnado, no considera todas las actuaciones u omisiones ocurridas en la primera instancia, muchas de las cuales quedan selladas por la preclusión procesal. En un proceso civil con una preclusión fuerte,

¹¹² Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (Civil y Penal) y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Pág. 310.

¹¹³ GÓMEZ ORBANEJA. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Octava edición. Madrid, 1976. Pág. 472.

como el nuestro, asumir la tesis de la apelación mera revisión, es asumir que resulta irrelevante la valoración de los referidos sumandos y que sólo se requiere analizar la sentencia de primera instancia (el resulta de la suma) como acto impugnado.

En resumen, si la sentencia de primera instancia es el producto de las acciones y omisiones de la misma, y además tenemos un sistema rígido de preclusiones como el que gobierna nuestro CPC¹¹⁴, entonces, es lógico afirmar que un sistema de apelación que solo mire el acto impugnado, no es suficiente de cara a la idea de una segunda opinión en otra instancia. De allí que, considerando la actual regulación de nuestra apelación civil, el contenido constitucionalmente protegido exige una evaluación amplia en la segunda instancia, que importe actuación y presentación de pruebas que pudieran ser relevantes para la justicia del caso concreto. Lo cual nos acerca a la tesis de la apelación plena, sin embargo, cabe precisar que ello no debe significar tener que, mecánicamente, realizar de nuevo, en la segunda instancia, todas las actuaciones realizadas en la primera instancia, sino solo aquellas que de cara al caso concreto resulten necesarias. Si el proceso es un instrumento para la tutela jurisdiccional de los

¹¹⁴ La constitucionalidad de tal sistema resulta, cuando menos, dudosa. Al respecto PRIORI POSADA ha señalado, con acierto, que como parte del diseño del proceso en el Estado Constitucional “Debe tenerse mucho cuidado con las preclusiones. El cierre para la etapa de alegación o prueba deber ser razonable, en el sentido, que solo se debe cerrar la etapa, cuando dejandola abierta, se puede lesionar otro derecho fundamental”. En: En: PRIORI POSADA, Giovanni. “El proceso en el Estado Constitucional”. En el libro de ponencias del Seminario Internacional de Derecho Procesal *Conferencia y Constitución*. PUCP, 22 y 25 de setiembre de 2009, Pág. 357.

derechos, el instrumento debe adecuarse a las exigencias del caso concreto, y no que el caso concreto (y los derechos) sucumban ante la disfuncionalidad del instrumento.

5.4. Doble instancia como contenido constitucional del derecho a la pluralidad de instancias

Como ya se ha visto anteriormente, la Constitución no establece si la doble instancia se ve satisfecha con dos o más de dos instancias. Resulta pertinente entonces determinar un número de instancias que satisfaga la racionalidad de tal derecho y como tal se encuentre garantizado por el contenido esencial de la doble instancia.

Para tal efecto, interesa tener presente a ZAGREBELSKY cuando señala que “En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente”¹¹⁵. Y es que, como señala Peter HÄBERLE, el Derecho no puede detenerse ante la constatación de antítesis e incompatibilidades, sino que debe conciliarlas¹¹⁶. Es lógico reconocer que la existencia de la apelación, como puede ser regular un proceso por audiencias (para hacer efectivo el principio de oralidad) o la necesidad de la notificación

¹¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derecho, justicia*. Trotta, Segunda Edición, Madrid, 1997, pág. 16.

¹¹⁶ HÄBERLE Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Dykinson Madrid, 2003. Pág. 40.

para posibilitar el contradictorio, representa inversión tiempo en el desarrollo del proceso. Tiempo que no se debe menospreciar de cara a la tutela jurisdiccional efectiva y la oportunidad de la tutela jurídica. Este es un interés, un valor, que no se puede obviar al postular el carácter esencial de la doble instancia en todo proceso jurisdiccional. Interesa pues cuidar la oportunidad de la respuesta judicial como la garantía de la doble instancia. Por lo que la extensión de la pluralidad de instancias, en términos del número de instancias que corresponde reconocer, pasa por conciliar el rigor procesal y la celeridad procesal.

Desde esta perspectiva el reconocimiento de la doble instancia no puede llevarnos a postular un proceso con tres, cuatro o cinco instancias, como era el temor de RAMIREZ DEL VILLAR¹¹⁷. De allí que un sentido de racionalidad nos lleva a limitar las instancias a lo necesario para que se cumpla su comentado: *la revisión de lo decidido en primera instancia*; pues, de lo contrario, el exceso de instancias, sí afectaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dado que, en ese caso, sí entorpecería la resolución oportuna del conflicto jurídico.

De allí que el contenido constitucionalmente protegido de la doble instancia se ve satisfecho con una segunda instancia. Lo contrario, regular procesos con tres o más instancias, afectarían el interés de

¹¹⁷ Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo VII. Edición Oficial. Pág. 229. Citado por Giovanni PRIORI POSADA. Op. Cit.

la celeridad procesal que busca que los procesos se resuelvan en el menor tiempo necesario sin afectar otros derechos con ello. Considerando la calidad de la práctica procesal civil actual, con un recurso de casación que ha demostrado su ineficacia¹¹⁸ funcional absoluta, resulta aconsejable dos instancias plenas, no limitadas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el derecho a la pluralidad de instancias, es una de las garantías formales que tiene “por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza” (Exp. N° 3261-2005-PA/TC). En la STC N° EXPS. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC el TC ha precisado que “Éste (derecho) garantiza que en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, *cuando menos, se encuentre organizada en una doble instancia, y para cuyo acceso se prevean los medios impugnatorios que correspondan*”. Igualmente, en la STC N° 03261-2005-AA/TC ha precisado que “el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso

¹¹⁸ Recién ahora, catorce años después de su entrada en vigencia, se ha dado el Primer Pleno Casatorio (Casación N° 1465-2007-Cajamarca). Antes entonces, la única finalidad que ha cumplido (esta sí totalmente satisfactoria) es la de ser un filtro para que menos casos sean materia de conocimiento la Corte Suprema: la cantidad de resoluciones casatorias declarando la improcedencia del recurso, es aplastante, respecto a los recursos que se declaran fundados.

judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”. En este contexto ha precisado que “el problema relativo a cuáles y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho, por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2º, inciso 24, ordinal "a", de la Ley Fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador”. También ha “advertido que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139º no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia plural, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia”.

Con miras a conciliar la ya referida colisión de intereses, consideramos que la racionalidad de la doble instancia, orientada a la posibilidad de revisión de la decisión judicial por un órgano distinto, se ve satisfecha de manera suficiente con dos instancias, no más.

5.5. La apelación no requiere, en todos los casos, de un órgano jerárquicamente superior

Existe en la doctrina una tendencia a ver la posibilidad del recurso ante el superior como una expresión o consecuencia de la estructura jerárquica del poder judicial. Así, por ejemplo, FAIREN GUILLEN señala que los medios impugnatorios “surgen también, estructuralmente, de la jerarquía de los tribunales”¹¹⁹. En el mismo sentido, Roberto G. LOUTAYF RANEA, señala que la competencia por razón de grado “se funda en un orden jerárquico”¹²⁰. Francisco TÁVARA CÓRDOVA señala que el proceso no debe ser conocido únicamente por un juez, sino por otros que controlen las decisiones del primero, “Ello –precisa- es una exigencia no solo por la estructura que tiene el Poder Judicial, sino también para salvaguardar los derechos del justiciable”¹²¹ (La cursiva es nuestra).

En el presente capítulo analizaremos si esa verticalidad (que el que resuelva en segunda instancia, sea siempre un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior), es un elemento que responde a la esencia, a los fines del recurso de apelación o no necesariamente.

¹¹⁹ FAIREN GUILLEN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal Generales. Bosch. Barcelona. 1990. Pág. 479.

¹²⁰ LOUTAYF RANEA, Roberto G. El recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Legislación. Doctrina y Jurisprudencia. Editoria Astrea. Bs. As. 1989. Pág. 5.

¹²¹ TÁVARA CÓRDOVA, Francisco. *Los recursos procesales civiles*. Guía práctica N° 5 de *Diálogo con la jurisprudencia*. Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2009, pág. 11.

Las normas internacionales sobre derechos humanos presuponen un trámite vertical de la resolución del recurso de apelación: el derecho al recurso siempre importa la revisión (del acto impugnado) por parte de un órgano jerárquicamente superior. Por ejemplo, el artículo 2 del Protocolo 7 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, garantiza que toda persona condenada por un delito tiene "derecho a que su condena o sentencia sea revisada por un tribunal superior" (la cursiva es nuestra). Reafirmando la exigencia de que el que resuelve la apelación sea un órgano jerárquicamente superior al que resolvió en primera instancia, establece una excepción a dicha garantía al señalar que la misma no procederá "en los casos en los que la persona afectada sea juzgada en primera instancia por el más alto Tribunal"¹²². La situación excepcional se explicaría en el hecho que, en tal supuesto, no existe una instancia superior que revise el fallo de la primera instancia.

Como hemos visto anteriormente, a nuestro parecer, no es el carácter colegiado ni la jerarquía del órgano de segunda instancia la que legitima su accionar. La racionalidad de la doble instancia se encuentra en su función de control, en su labor de revisión. Desde esta perspectiva, no resulta atendible dicha excepción, pues la función de control puede hacerlo un órgano de la misma jerarquía,

¹²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y León GARCÍA-COMENDADOR ALONSO. *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*. Tirant Lo Branch. Valencia, 2008. Pág.145.

ya que lo fundamental en la apelación no es la superioridad del órgano revisor, sino la conveniencia que exista una segunda oportunidad de revisión del fallo. En tal contexto, nada perturbaría tal cometido la existencia de una apelación horizontal: una revisión por otra Sala del mismo nivel. Estaríamos, en tal caso, ante una especie de apelación horizontal y no vertical, como generalmente se conoce.

Sobre la verticalidad del recurso de apelación, Luis Paulino MORA MORA¹²³, cuando advierte que “(...) En forma equivocada se estima que la existencia de los recursos conlleva a que los tribunales deban estar organizados verticalmente, sea con superiores que conozcan de esos recursos, cuando en realidad lo único que se pretende es establecer un sistema que pueda superar el error en que frecuentemente cae el ser humano”. Si bien en sus orígenes el recurso pudo servir de instrumento de la consolidación de una estructura jerárquica, “pero la situación ha cambiado radicalmente al presente, en que los recursos son conceptualizados como una garantía de las partes y en tal razón la organización de los tribunales puede ser variada con base a distribución de funciones y a criterios de horizontalidad”¹²⁴.

¹²³ MORA MORA, Luis Paulino. “La independencia del Juez como derecho humano”. En: *Liber Amicorum, Hector Fix Zamudio*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. Pág. 1084-1085.

¹²⁴ MORA MORA, Luis Paulino. *Op. cit. Loc. Cit.*

Si bien en la fórmula usada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.h) se usa el calificativo de *superior* para el juez o tribunal que conozca del recurso, sin embargo coincidimos con MORA MORA cuando no cree que “con ello se haya optado por una organización jerarquizada de los jueces -herencia de los sistemas autoritarios que nos heredó la Corona Española-, simplemente, me parece –afirma–, que el legislador convencional utilizó la terminología propia -en América- al momento en que se aprobó la Convención (1969), sin esforzarse por analizar el tema y optar por una terminología propia de un sistema más democrático de organización judicial, con estructuras más horizontales y distribución de competencias por materia, territorio y cuantía, con el término superior sólo se pretendió señalar que quien conoce del recurso tiene el poder suficiente para resolver en forma contraria a como lo hizo quien resolvió inicialmente”¹²⁵.

El caso Fujimori demuestra que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido el hecho que el órgano que conoce de la revisión, en este caso del recurso de nulidad, sea una instancia jerárquicamente superior. En efecto, en estos casos una Sala Penal de la Corte Suprema es la que resuelve en primera instancia, y otra Sala Penal de la misma Corte Suprema es la que conoce de la revisión, vía el recurso de nulidad.

¹²⁵ MORA MORA, Luis Paulino. *Op. Cit. Loc Cit.*

5.6.- Obligación de los órganos jurisdiccionales para inaplicar requisitos excesivos y a que actúen en función del principio *pro actione*

Más allá de lo consignado en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución, como se ha visto, ésta no establece mayores regulaciones de tal derecho. Se trata pues de “un típico derecho de configuración legal. En ese sentido las condiciones del acceso le corresponde determinar al legislador, en función de cada uno de los recursos que el mismo legislador pueda haber establecido en la ley procesal correspondiente” (STC EXP. N.º 09285-2006-PA/TC FJ 2-5). Sin embargo, en un Estado Constitucional, tal delegación no es absoluta. El legislador procesal no puede desarrollar dicho artículo constitucional de manera libre, sino asegurando que con ello no se afecte la esencia funcional del derecho al recurso.

En efecto, como habíamos señalado al inicio de este Capítulo, el reconocimiento constitucional de la pluralidad de instancias constituye un imperativo (vinculación positiva) para que el diseño normativo de la legislación procesal se configure de tal manera que tanto para el acceso como para el procedimiento mismo se prevean disposiciones que posibiliten el acceso al recurso y, por el contrario, no terminen convirtiéndose en una traba que haga del recurso una institución lírica, de existencia meramente formal.

En el presente punto de la tesis, nuestro objetivo será analizar si las restricciones para el ejercicio del derecho al recurso afectan o no el contenido constitucionalmente protegido. En efecto, si el

derecho al recurso resulta consustancial al proceso mismo, entonces el solo reconocimiento normativo del derecho al recurso no resulta suficiente para la satisfacción de la exigencia de tal garantía. En consecuencia, en la misma regulación procesal, se puede afectar la eficacia del derecho al recurso, hasta convertirlo en un recurso espectral, vacío de contenido y de funcionalidad.

Desde esta perspectiva, consideramos que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al recurso, el hecho de que en la admisión y procedibilidad del recurso, no existan formalidades excesivas y de existir tal formalidades (requisitos), estas deben ser interpretadas desde una perspectiva especialmente flexible, de tal manera que allí donde exista duda sobre la admisibilidad o procedencia del recurso, se debe estar por su admisión o por la procedencia, según corresponda¹²⁶.

Las formalidades o requisitos irrazonables o desproporcionados deben ser tipificadas como restricciones o trabas al uso del recurso y como tal deben ser rechazadas por que representan una afectación al derecho al recurso. En efecto, habrá afectación de dicho derecho si la ley impone una carga u obligación que resulta desproporcionada, a tal punto que puede hacer imposible el uso del recurso, tal situación encontramos por ejemplo, en el artículo 74 de la actualmente derogada *Ley Procesal del Trabajo*, Ley N°

¹²⁶ Cfr. ORTELL RAMOS, Manuel, et al. *Derecho jurisdiccional*. Tomo II. Volumen I [Proceso Civil]. Editorial Bosch. Barcelona, 1994. Pág. 366

26366¹²⁷, la cual establecía que, en los procesos ejecutivos de ejecución de dar suma de dinero, "La apelación de la sentencia que declara fundada esta demanda, sólo se concederá al demandado si es que previamente ha cumplido con consignar judicialmente el monto demandado o con ofrecer una carta fianza".

Se entiende que dado que se trata de un proceso de ejecución en mérito a un título ejecutivo, la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda consolida, de especial manera, la fuerza obligatoria de dicho título y como tal existe una mayor conminación al cumplimiento del mismo; sin embargo, no existe proporcionalidad al derivar de tales presupuestos la consignación del monto demandado como requisito para apelar de dicha sentencia. Si, por el monto de lo que debe consignarse o por la situación económica del demandado, o por la combinación de ambas situaciones, el demandado no puede cumplir con dicha consignación, entonces no podría apelar la sentencia de primera instancia. Lo que significa que se le estaría negando su derecho constitucional de acceso a la segunda instancia. Tal regulación procesal no satisface el mandato que se deriva del reconocimiento constitucional de la doble instancia en el sentido de que el legislador debe propiciar condiciones procesales que hagan viables el uso del derecho al recurso y no que la inhabiliten.

¹²⁷ La nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, yano regula una disposición semejante.

Por otro lado, es posible encontrar que tal regulación no satisface un presupuesto de necesidad en dicha restricción del derecho al recurso, pues no resulta ser la única medida que existe, ya que con la ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia se estaría brindando adecuada tutela al demandante, quien no vería suspendida la ejecución de la misma por la sola presentación de la apelación¹²⁸.

Precisamente sobre la aplicación del citado artículo 74, el Juez del Noveno Juzgado de Paz Letrado de Lima Cercado inaplicó dicha disposición precisamente en la parte de la obligación de consignar el monto de lo demandado para poder apelar la sentencia de primera instancia. En efecto, el referido Juez ejerciendo control difuso contra dicha disposición legal la inaplicó por considerar que ella,

" (...) impone condiciones desproporcionadas e irrazonables para la concesión del Recurso, que de aceptarse estarían desnaturalizando o vaciando de contenido el Derecho de impugnación y por tanto de pluralidad de instancias, pues en la práctica se hace muy difícil su concreción, lo que obviamente no puede admitirse (...)” “De aplicarse la referida disposición procesal, se estaría transgrediendo el propio Derecho de defensa, que igualmente es un Derecho constitucional de ineludible observancia y ello porque este Derecho incluye entre otros al de impugnación (...) [el cual, en este caso] se encuentra extremadamente limitado”¹²⁹

¹²⁸ A esto es a lo que nos referimos, cuando en el numeral 3.4.4 del Capítulo III consideramos que la ejecución inmediata de la sentencia impugnada es una medida eficiente contra los perjuicios que significa la apelación para quien ha ganado en primera instancia.

¹²⁹ Resolución N° 8, Lima 6 de octubre de 2008, emitida en el Exp. 2008-02386-0-1801-JP-LA-09.

Es interesante constatar cómo los jueces empiezan a asumir su función de manera más independiente del legislador, alejándose de esa idea de simple órgano ejecutor de la ley, como producto dado al juez, algo así como para que éste actúe únicamente como *su* mecánico aplicador y, por el contrario, actúan como un juez garante de los derechos, rol que deriva de los presupuestos del Estado Constitucional de Derecho.

En esta misma lógica, el Tribunal Constitucional español ha señalado que los jueces no pueden dejar de admitir un recurso como resultado de una interpretación o aplicación de la norma procesal que resulte “arbitraria, manifiestamente infundada o producto de un error patente” (STC N 241 y 246/2007, del 10 de diciembre de 2007). En tales casos se estaría produciendo una afectación al derecho a los recursos.

Como la misma lógica, debería actuar un juez frente al caso de la presentación del recurso sin firma de abogado o con la firma de abogado inhabilitado para ejercer la función, o cuando se haya presentado un recurso sin la correspondiente tasa judicial. En todos estos casos, se debe conceder a la parte impugnante un plazo de subsanación y no debe declararse improcedente el recurso. Igualmente, en caso de duda sobre si se ha expresado adecuadamente la sustentación del agravio, se debería admitir el

recurso y no descartarlo, de lo contrario se estaría actuando en función de la legislación procesal y en contra del mandato constitucional, afectando de esa manera en contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia.

5.7. La apelación proscribire la *reformatio in peius*.

5.7.1. Fundamento de la proscripción de la *reformatio in peius*

El ejercicio de un derecho constitucional como lo es el derecho al recurso, debe estar libre de cualquier carga que la haga especialmente riesgosa, a tal extremo que se constituya en un elemento disuario para el ejercicio del derecho. La proscripción de la reforma peyorativa se inscribe dentro de este objetivo. En efecto, desde esa perspectiva, el artículo 370 del CPC al regular la competencia del juez superior, establece éste “no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido”.

En línea de principio, la competencia de órgano jurisdiccional que revisará lo actuado en la primera instancia debe estar limitado a lo impugnado, no pudiendo asumir competencia de aspectos no cuestionados o resolver modificando la resolución apelada en contra del apelante. Así se expresan dos límites para la competencia de la segunda instancia, el primero es conocido con la expresión latina *tantum devolutum quantum appellatum* y el segundo como la prohibición de la *reformatio in peius*. Ambos estan

inspirados en el gran principio dispositivo en materia procesal. Inscritos dentro de este principio, la lógica de estos dos límites se encuentran en el hecho que las partes son libres de defender o no sus derechos, de allí que si el que apela solo cuestiona una parte de la sentencia, la segunda instancia no puede extender su análisis a aspectos distintos a lo cuestionado por la impugnante, la decisión judicial no puede extender sus efectos a zonas vedadas por el interés de las partes. De igual manera si la parte cuyo interés o derecho fue reconocido en primera instancia, no impugna la sentencia, quiere decir que está de acuerdo con ella y como tal la ha consentido, no pudiendo la segunda instancia darle más derecho de lo reconocido en primera instancia y en contra de la parte que impugnó.

El TC se ha pronunciado en varias de sus sentencias sobre la *reformatio in pejus*. Así, por ejemplo, ha señalado que la interdicción de la *reformatio in peius* o 'reforma peyorativa de la pena', es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos de defensa y de interponer recursos impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso en segunda instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso de

que sólo éste hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia¹³⁰.

Desde esta perspectiva la prohibición de la *reformatio in peius* forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia.

5.7.2. ¿Pueden existir excepciones a la prohibición de la *reformatio in peius*?

Como se ha visto, el derecho a la doble instancia, es un principio. Por el contrario, la proscripción del *reformatio in peius* aparece de una manera más cerrada, tanto que pareciera que su aplicación no admite grados o excepciones, podría pensarse entonces que *en todo caso donde solamente apele el perjudicado con la sentencia de primera instancia, el juez de la segunda instancia no puede modificar la sentencia en contra del apelante.*

Sin embargo, partiendo del mismo hecho que la proscripción de la *reformatio in peius* haya sido considerada un garantía para el ejercicio del derecho al recurso y siendo este un principio, ¿será posible encontrar supuestos en los cuales, *excepcionalmente*, la proscripción de la *reformatio in peius* puede ceder en beneficio de la eficacia de otro principio? Veamos el caso Arturo Huaman Arias. El

¹³⁰ Puede verse las siguientes sentencias: STC 1918-2002-HC/TC, FJ 4; STC 0806-2006-PA/TC; STC 0553-2005-HC/TC, FJ 3; STC 03464-2007-PHC/TC; STC 1553-2003-HC/TC; STC 3330-2004-AA/TC; STC 0298-96-AA/TC; STC N.º 1918-2002-HC.

caso plantea un conflicto entre la proscripción de la *reformatio in peius* y el *principio de interés superior del niño*:

Arturo Huaman Arias fue demandado por el Ministerio Público por violencia familiar en agravio de su esposa (Lelia Alvarado Montenegro) y de sus dos menores hijos (Arturo y Waldo Huamán Alvarado). La sentencia de primera instancia, declaró fundada en parte la demanda, en lo concerniente a los actos de violencia en agravio de la esposa, e infundada en lo concerniente a los actos de violencia en agravio de los dos hijos. El demandado apeló dicha sentencia, en la parte que lo declara responsable de los actos de violencia contra la esposa. Ni el Ministerio Público ni la esposa agraviada impugnaron dicha sentencia. La Sala Civil de la Corte Superior de Puno, revoca en parte la sentencia de primera instancia y declara fundada la demanda en lo concerniente a los actos de violencia familiar en agravio de los menores Arturo y Waldo Huamán Alvarado. Contra esta sentencia de segunda instancia, Arturo Huaman Arias presentó recurso de casación invocando la causal de contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Denuncia “que se ha transgredido el principio procesal de la prohibición de la reforma en peor, según el cual el Juez Superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte haya apelado o se haya adherido. Sostiene que la sentencia de vista se pronunció en perjuicio del recurrente, quien es el apelante, declarado fundada la demanda de violencia familiar respecto de los menores Arturo y

Waldo Huamán Alvarado, cuando en primera instancia se había declarado infundado en ese extremo, a pesar de que la parte demandante (Ministerio Público) y la agraviada Lelia Isabel Alvarado Montenegro no impugnaron dicha sentencia” (Primer considerando de la sentencia).

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema¹³¹, luego de constatar la existencia de evaluaciones psicológicas que demuestran “que los menores sufren de maltrato emocional”, considera que ha hecho bien la Sala Civil de la Corte Superior de Puno al asumir tal criterio, ésto es preferir el *principio de interés superior del niño* frente a la proscripción de la *reformatio in peius*. El argumento que sustenta la legalidad de dicha decisión es el siguiente:

“Si bien es cierto el artículo 370 del Código Procesal Civil consagra el principio de la “reformatio in pejus” o de prohibición de la reforma en peor – por el cual si una parte recurre en apelación de una resolución, el superior sólo puede reformar la resolución a su favor, jamás en su contra- no es menos cierto que existen normas sustantivas que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal. Tal es el caso del artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que «en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos

¹³¹ Conformada por los magistrados Ticona Postigo, Carrión Lugo, Ferreira Vildozola, Palomino García y Hernandez Perez.

Regionales, Gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la Sociedad, se considerará el Principio de Interés Superior del niño y del adolescente y el respeto de sus derechos». En consecuencia, estando a que es política premanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado –según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once y doce- que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la Sala Superior en fijar medidas de protección a favor de los menores”¹³².

El caso que hemos considerado precedentemente demuestra que es posible que la proscripción de la *reformatio in peius* ceda su eficacia a principios que, visto en el caso concreto, se presentan como de mayor relevancia, como sucede en este caso con el principio de interés superior del niño. Indudablemente que para ello se requiere argumentos de prueba suficientes, pues de lo contrario se estaría afectando el debido proceso y una de las garantías de la eficacia del derecho al recurso. Al parecer, en el caso citado, han tenido especial relevancia probatoria los informes psicológicos.

¹³² CASACIÓN 756-2005 Puno. Lima 13 de marzo de 2006.

5.8.- Doble instancia y la ejecución inmediata de la sentencia impugnada

En el numeral 3.4.4. hemos sustentado que la ejecución inmediata de la sentencia impugnada es un medio idóneo para paliar la inversión del tiempo que significa el acceso a la doble instancia. En esta parte se impone la necesidad de analizar si tal ejecución inmediata de la sentencia impugnada puede significar un vaciamiento del contenido protegido del derecho a la doble instancia. Veamos.

En primer lugar, es cierto que el derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; esto no podría ser de otro modo pues *no podría predicarse efectividad de la tutela jurisdiccional sino es posible ejecutar los mandatos judiciales*¹³³. En segundo lugar, también es cierto que entre la sentencia de primera instancia y la sentencia de segunda instancia, no cabe duda que formalmente el que tiene mayor peso es esta última, pues es capaz de imponerse frente a aquella.

Ahora bien, si, como se ha señalado en el numeral 3.4.4. de la presente tesis, la ejecución inmediata de la sentencia apelada puede constituirse en un medio para reducir o, mejor aún,

¹³³ El TC lo ha considerado así en STC N.º 015 -2001-AI/TC (acumulados), al señalar que “El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional”.

disuadir¹³⁴ el uso de las apelaciones frívolas que se orientan únicamente a conseguir la dilación del proceso¹³⁵ y permitir el pronto acceso a los beneficios de una tutela jurisdiccional efectiva – léase: ejecución de la sentencia–, creando “una nueva «estación» para sacar de la «vía muerta» aquellas resoluciones que, reconociendo un derecho, esperaban pacientemente la resolución del recurso de apelación (...) contra ellas interpuesto”¹³⁶, tal ejecución provisional de la sentencia impugnada ¿significará vaciar de contenido varios derechos¹³⁷, entre ellos el derecho a la doble instancia? Pues, si la segunda instancia revoca la sentencia impugnada ya ejecutada provisionalmente, y las consecuencias son irreversibles, tanto el genérico derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el derecho a la ejecución de las sentencias y el mismo

¹³⁴En ese sentido, José Francisco VALLS GOMBAU en su artículo “La ejecución provisional”, publicado en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*. Nº 10, Madrid, CGPJ, 1992, pp. 70, señala que “La ejecución provisional se arbitraría como medida coercitiva para disuadir a litigantes temerarios que abusan del proceso y atenuar las consecuencias negativas que una duración -incluso normal- del proceso pueda repercutir sobre el patrimonio del acreedor, sin olvidar la protección de las legítimas expectativas del deudor-ejecutado, garantizadas por las debidas cautelas, proporcionadas a las medidas ejecutivas que se adoptan, para el supuesto de que en otra instancia fueran estimadas sus peticiones”.

¹³⁵ Ya en el año 1945, en su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Eduardo J. Couture recomendaba la posibilidad de negar efectos suspensivos “a las apelaciones meramente dilatorias de las resoluciones de carácter interlocutorio, y se estableciera la ejecución provisional tratándose de las sentencias”. Tomado de FIX ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, pág. 103.

¹³⁶ VERDUGO GARCÍA, Juan. “La ejecución provisional en la nueva ley: Un asunto delicado”. Publicado en <http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200104-observatorio2.html> (consultado el 16 de junio de 2009).

¹³⁷ Cfr. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. “La ejecución de las sentencias en los procesos de tutela de los derechos: las lecciones de la Corte Suprema Norteamericana”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Editorial Palestra. Año 2, N.º 12, diciembre 2007, Lima, pág. 7.

derecho a la doble instancia perderían de eficacia, tornando la sentencia de segunda instancia en un acto meramente lúrica, infructuosa.

En ese contexto, interesa pues analizar si la ejecución provisional o inmediata de la sentencia impugnada afecta *per se* el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia. Recientemente el Tribunal Constitucional ha sustentado que “(...), a diferencia de lo que sucede con la actuación inmediata en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias. El TC sustenta tal afirmación señalando que “En efecto, todo recurso de apelación (...) tiene por contenido necesario la simple revisión de la decisión judicial por un órgano superior, pero en modo alguno conlleva un derecho similar a la estimación del recurso. Y es que, en buena cuenta, la subsanación del supuesto error impugnado constituye tan sólo un efecto probable, mas no de seguro cumplimiento, de los medios impugnatorios. En esa medida, pues, puede afirmarse que el régimen de efecto suspensivo de los recursos, al impedir la ejecución de la sentencia apelada, termina garantizando al demandado un resultado que es sólo contingente y aleatorio; lo que

contrasta, en todo caso, con el derecho cierto del demandante que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria de primer grado”¹³⁸.

Sobre el tema, PEDRO GRÁNDEZ ha señalado que en este caso “(...) dos son los extremos que deben ponderarse a la hora de fundamentar la opción por la actuación inmediata de la sentencia de primer grado. Por un lado, el derecho a una instancia plural, que garantice también la eventual eficacia de lo que resulte de un proceso debido con todas sus instancias, y de otro, el derecho a la efectividad oportuna del acto de tutela de los derechos por parte del Juez constitucional.”¹³⁹ “Ello impone –continúa PEDRO GRÁNDEZ– al juzgador que ejecuta de manera provisional una sentencia estimatoria en primera instancia, a medir el impacto con relación a una eventual reversibilidad de lo que dispone sea ejecutado, pues de otro modo, si se ordena la ejecución de algo que no tiene posibilidad de “retorno”, no se podría hablar de ponderación, sino en cualquier caso del sacrificio del derecho a la pluralidad en favor de la eficacia de una sentencia, lo que sería inconstitucional (art. 139.6 de la Constitución)”.

Creemos que para que la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia resulte razonable, idóneo, necesario, y cumpla de manera estricta y eficiente su rol disuasorio de las apelaciones

¹³⁸ Fundamentos jurídicos 57 y 58 de la STC N° 00607-2009-PA/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00607-2009-AA.pdf>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

¹³⁹ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Op. Cit.* Pág. 7. Aun cuando la cita refiere al juez constitucional, es posible extender la idea a todo órgano jurisdiccional.

perversas, es necesaria una interpretación racionalizadora de la disposición legal que la faculta y una aplicación jurisprudencial prudente¹⁴⁰, de tal manera que sea posible *desencriptar* tanto la

¹⁴⁰ Dentro de esta línea de prudencia, en la STC N° 00607-2009-PA/TC, el TC ha expuesto algunos **presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias**, fijando así los siguientes principios y reglas procesales que el juez debe observar:

Sistema de valoración mixto: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.

Juez competente: será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.

Forma de otorgamiento: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.

Sujetos legitimados: tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.Const.

Alcance: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez *a quo*; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.

Tipo de sentencia: podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende sólo respecto de sentencias de condena.

Mandato preciso: la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 55 del C.P.Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.

Presupuestos procesales:

1. No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.
2. Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte

norma como los presupuestos de aplicación de la respectiva disposición legal. ***La eficacia provisional de la sentencia de primera instancia no puede conducir sino a una ejecución también provisional de la misma.*** Desde esta perspectiva, aún cuando no exista previsión legal expresa en ese sentido, el presupuesto *sine qua non* para la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia tiene que ser necesariamente su posibilidad de reversión¹⁴¹; unida, desde luego, a la pertinencia de

demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

3. No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

Apelación: la resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.

Efectos de la sentencia de segundo grado:

1. Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez *a quo* que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.
2. Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez *a quo* que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Relación con la medida cautelar: una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluye la de la otra.

¹⁴¹ En esta misma perspectiva Samuel B. ABAD YUPANQUI en su libro *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica. Lima 4004. Pág. 202-203, precisa que la posibilidad de ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia “exige un mayor cuidado del juez al momento de conceder el amparo solicitado y debería atender determinados aspectos desarrollados por la doctrina, entre los cuales nos parece importante tomar en cuenta el límite de la irreversibilidad, es decir, si de hacerlo se produjeran “efectos que la eventual sentencia revocatoria no podrá declararlos ineficaces ni ordenar su reparación. Si bien es cierto, el Código Procesal Constitucional no se refiere a dicho aspecto, ello no impide que así lo pueda interpretar la jurisprudencia”.

cara a la necesidad de la efectiva (oportuna) tutela jurídica en cada caso concreto. Por estas consideraciones consideramos que la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia no afecta *per se* el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia.

5.9.- Conclusión

La racionalidad funcional de la doble instancia, entendida como presupuesto de un proceso con todas las garantías, contiene un doble mandato para el legislador procesal: no regular procesos a instancias únicas, por un lado, y por el otro, establecer una regulación procesal que evite los formalismos o la exigencia de requisitos que terminen disuadiendo en el uso de los recursos.

El actual sistemas de preclusiones en materia de alegaciones y prueba, hacen que sea la apelación plena sea la que inscriba dentro del contenido constitucionalmente protegido de la doble instancia.

Como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia solo es posible incluir hasta una segunda instancia. La regulación de varias instancias que superen la segunda instancia, puede resultar afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues al dilatar la solución del proceso afecta la eficacia de la tutela jurisdiccional.

No forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia, la exigencia de que el órgano que

resuelve en segunda instancia tenga necesariamente que ser de superior jerarquía de aquel que resolvió en primera instancia, pues no es la jerarquía ni la conformación colegiada del órgano revisor la que responde a la esencia del derecho, sino su función revisora, para lo cual resulta suficiente que la instancia revisora sea un órgano distinto y no subordinado al órgano de primera instancia

La prohibición de la *reformatio in peius* forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia, pues evita que la modificación (en perjuicio del apelante) de la resolución impugnada resulte siendo un disuasivo para el uso del recurso. Sin embargo, como no existe derecho absoluto, cuando exista de por medio la tutela de otro principio o interés de mayor relevancia en determinado caso, es posible que, excepcionalmente, la prohibición de la *reformatio in peius* ceda el paso a ese otro principio o interés, como es el caso de la tutela del principio de interés superior del niño, que hemos visto en el caso Arturo Huaman Arias.

VI. RESTRICCIONES A LA GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

SUMARIO: 6.1. Nota preliminar.- 6.2. La doble instancia en el recurso de nulidad de laudos. Las particularidades de la pretensión de nulidad de laudo.- 6.2.1. Caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C.- 6.3. El pronunciamiento sobre el fondo, en los casos de recurso de agravio en procesos en los que se ha producido rechazo *in límine*.- 6.4. Conclusión.

6.1. Nota preliminar

Si coincidimos en que, en todo Estado constitucional de derecho, una de las principales funciones de la Constitución es la de actuar como el parámetro de validez formal y sustantivo de la legislación infraconstitucional, entonces tendremos que coincidir también en que no es posible admitir que, en el marco de la constitución actual, pueda regularse procesos judiciales con instancia única, pues ello significaría ir en contra del parámetro constitucional vigente, que

expresamente regula el derecho a la doble instancia como una garantía.

Desde dicha perspectiva, en los capítulos precedentes hemos tratado de evidenciar la naturaleza garantista de la doble instancia, lo que la hace exigible en todo tipo de proceso jurisdiccional. En el presente capítulo analizaremos algunas circunstancias o casos que, de una forma u otra, representan supuestos atípicos en los cuales la existencia de la doble instancia está en cuestión. Estos casos presentan matices particulares que los diferencian de lo comúnmente aceptado, por lo que nos parece pertinente su análisis.

6.2. La doble instancia en el recurso de nulidad de laudos. Las particularidades de la pretensión de nulidad de laudo

En materia de arbitraje existe una circunstancia interesante, en la cual no existe recurso de apelación. En efecto, el artículo 64 de la Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071) establece expresamente que el recurso de anulación del laudo se interpone, en primera instancia, ante la Corte Superior y contra lo resuelto por esta ya no cabe el recurso de apelación sino únicamente el recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema y únicamente cuando el laudo “hubiera sido anulado en forma total o parcial”.

Tal regulación plantea varias interrogantes importantes para los fines de la presente tesis ¿Es exigible la segunda instancia en este caso?, de ser afirmativa la respuesta, ¿el recurso de casación

satisface dicha exigencia? ¿Qué pasa si en primera instancia, la Corte Superior no anula el laudo, la improcedencia de la casación significa una restricción no solo al principio de la doble instancia sino también al derecho a la igualdad de las partes en el proceso? A continuación analizaremos estas cuestiones.

De acuerdo a lo dispuesto artículo 62, numeral 2 de la Ley de arbitraje (D. Leg. N° 1071), al resolver la pretensión de anulabilidad del laudo, le está prohibido a la Sala correspondiente de la Corte Superior, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivación o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. En consecuencia, la impugnación del laudo en sede jurisdiccional no pueden sustentarse, según la legislación vigente, en un no estar de acuerdo con lo resuelto por el árbitro o tribunal arbitral. Las causales de impugnación del laudo no solo son las taxativamente previstas en la legislación vigente sino que, además, son muy limitadas en su configuración: están referidas a aspectos meramente formales¹⁴².

¹⁴² Entre las causales para impugnar el laudo, la Ley de arbitraje, considera únicamente las siguiente: **a)** Que no exista convenio arbitral o que sea nulo, anulable, inválido o ineficaz; **b)** Que una de las partes no haya sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; **c)** Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de la Ley de arbitraje, de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en la Ley de arbitraje; **d)** Que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión; **e)** Que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un

No estamos pues frente a un proceso ni frente a una pretensión ordinaria. El ámbito de la jurisdicción de la Sala de la Corte Superior que conocerá en primera instancia la pretensión de nulidad de laudo se encuentra sustancialmente limitada, bajo responsabilidad, al análisis meramente formal del laudo, no puede entrar al análisis de fondo de lo discutido y decidido en sede arbitral. Y es que, se debe tener presente que, el laudo es para la jurisdicción arbitral lo que la sentencia firme es para la jurisdicción ordinaria.

En tal contexto, dado el reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral, la revisión del laudo en sede de la jurisdicción ordinaria, cumple desde ya las veces de la segunda instancia, en tanto que el objeto del proceso de nulidad del laudo es la revisión de lo resuelto en sede arbitral. Si añadimos a todo esto, el hecho que al arbitraje se llega en virtud de la voluntad de las partes¹⁴³, resulta razonable entonces que la impugnación judicial del laudo no contenga la posibilidad de una segunda instancia. Desde esa perspectiva, resulta admisible que en este tipo de procesos no exista la apelación.

arbitraje nacional; **f)** Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional; **g)** Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

¹⁴³ Este argumento considera solo el arbitraje voluntario. El autor de la presente tesis, encuentra serios reparos de constitucionalidad al arbitraje obligatorio.

6.2.1. Caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C.

El citado artículo 64 de la nueva Ley de Arbitraje, tiene su antecedente inmediato en el artículo 77 de la anterior Ley General de arbitraje. Esta disposición legal establecía igualmente que *contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente.*

En el caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C., STC N° STC N° 3261-2005-PA/TC¹⁴⁴, a criterio del demandante, la aplicación del artículo 77° de la Ley N°. 26572, como justificación para declarar improcedente el recurso de casación interpuesto contra una resolución judicial que no anuló un laudo arbitral, significaba una violación del derecho a la pluralidad de instancias, ya que la doble instancia únicamente se estaría admitiendo para la revisión de aquellas resoluciones que hubieran anulado total o parcialmente un laudo arbitral. En este caso, el Tribunal Constitucional no consideró “por un lado, que el derecho a la pluralidad de instancias resulte afectado como consecuencia de que el legislador haya previsto sólo un conjunto de supuestos para que un laudo arbitral pueda ser cuestionado mediante el recurso de apelación; y, de otro, que una operación semejante haya efectuado el artículo 77° de la Ley General de Arbitraje en relación con el recurso de casación, el que sólo ha quedado habilitado, muy excepcionalmente, para

¹⁴⁴ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03261-2005-AA%20Resolucion.html> (consultado el 23 de junio de 2009).

aquellos casos en los que la Corte Superior hubiera anulado, total o parcialmente, un laudo arbitral”. Precisó que la pretensión formulada por COMPAÑÍA DE RADIODIFUSIÓN AREQUIPA S.A.C, no incidía en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, habida cuenta que “La decisión de una persona para someter una controversia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (uni o pluripersonal) conlleva una renuncia expresa a que dicha *litis* sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y, por tanto, que su desarrollo se realice con algunas de las garantías formales que integran el derecho al debido proceso”.

Señaló que el hecho de recurrir al arbitraje, implicaba no solamente una manifiesta renuncia al Derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, sino también conllevaba la renuncia de otra de las “*garantías formales del debido proceso (...) el derecho a la pluralidad de instancias, cuya titularidad y ejercicio está previsto sólo para el caso de las personas que deciden someter sus diferencias ante el Poder Judicial*”. En sede arbitral, en efecto, no está constitucionalmente garantizado que una determinada controversia necesariamente tenga que ser resuelta por una instancia plural” (la cursiva en nuestra). Este argumento del Tribunal no resulta muy convincente, pues el demandante esta invocando su derecho a la doble instancia en el proceso judicial de anulación de laudo, no en el procedimiento arbitral, de allí que la ausencia del derecho a la doble

instancia en ese caso no puede sustentarse alegando que en el arbitraje, tal derecho, “no está constitucionalmente garantizado que una determinada controversia necesariamente tenga que ser resuelta por una instancia plural”.

Creemos que la ausencia de la doble instancia en el proceso de anulación de laudo, es el resultado de la naturaleza misma de dicho proceso así como de la pretensión. La necesidad y la racionalidad de los fundamentos para revisión de lo decidido en una primera oportunidad, se satisface ya con la demanda ante la Corte Superior. Añadimos a esto que, y aquí concordamos con el TC, en los arbitrajes voluntarios, las personas que recurren a esta forma alternativa de resolución de conflictos, asumen los pro y los contra del uso de dicha jurisdicción. Podría decirse que toda decisión de ir al arbitraje hace presumir una renuncia a la apelación en el fuero judicial y siendo la doble instancia un derecho renunciable, no existe conflicto constitucional alguna con dicha decisión.

6.3.- El pronunciamiento sobre el fondo, en los casos de recurso de agravio en procesos en los que se ha producido rechazo *in limine*.

De acuerdo a lo depuesto en el CPCConst., el TC debe declarar la nulidad en los casos en los que asuma competencia vía recurso de agravio constitucional, en procesos en los que se ha producido rechazo *in limine*. Sin embargo, el TC ha venido resolviendo estos casos pronunciándose sobre el fondo y no declarando la nulidad y

devolviendo el expediente para que se inicie el proceso en primera instancia.

Tal pronunciamiento sobre el fondo presenta dos cuestiones que resultan interesantes para el análisis. *Primero*, la determinación de si allí existe o no proceso, lo cual tiene que ver en qué momento se constituye el proceso: con la presentación de la demanda o con su notificación. *Segundo*, siendo que la resolución del TC no es apelable. El perjudicado con dicha resolución ya no tiene derecho a la segunda instancia y, es más, tampoco tendría derecho a un amparo contra lo resuelto por el TC, pues no procede el amparo contra amparo para cuestionar una decisión del TC.

Considerando el objeto de la presente tesis, interesa analizar la segunda cuestión. En la Resolución emitida en el Expediente N° [EXP. N.º 04777-2006-PA/TC](#), el magistrado Vergara Gotelli precisa que “(...) es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o su revocatoria; sin embargo este colegiado ha venido considerando que excepcionalmente podría ingresar al fondo, para darle la razón al demandante, en casos de suma urgencia cuando se verifique la existencia de situaciones de hecho que exijan la tutela urgente, es decir cuando se evidencie estado de salud grave o edad avanzada del demandante”. “Es el caso presente no se evidencia situación que amerite pronunciamiento de emergencia por parte de este colegiado, por lo que sólo verificaremos si la pretensión

tiene o no contenido constitucional en el que este colegiado tenga competencia para pronunciarse”. Por lo que considera que “En consecuencia (...) el auto de rechazo liminar debe ser revocado debiendo ordenarse al juez que admita a tramita la demanda planteada” y declarar improcedente la demanda como lo hizo la resolución firmada en mayoría.

En ese caso, la declaración de improcedencia de la demanda no tiene mayor trascendencia respecto a la doble instancia; pues tal pronunciamiento (la declaración de improcedencia) solo afecta al demandante y no al demandado y es precisamente el demandante el que ha ejercido su derecho de revisión de lo decidido en primera instancia, tanto es así que ha llegado hasta el Tribunal Constitucional, entonces, respecto del demandante no cabe duda que éste ha usado su derecho de revisión en una segunda instancia y respecto al demandado, al haberse declarado improcedente la demanda, resulta irrelevante que haya o no tenido derecho de solicitar la revisión en una segunda instancia, ya que la resolución no lo perjudica. Igual razonamiento se aplicaría si es que el Tribunal Constitucional declararía infundada la demanda.

El problema se presenta cuando, en los casos de rechazo liminar de la demanda, el Tribunal Constitucional emite sentencia declarando fundada la demanda. En estos casos, la parte demandada no podrá ejercer su derecho a la doble instancia, debiendo soportar estoicamente los efectos de la decisión del TC. En principio, ni la Constitución ni el Código Procesal Constitucional contienen disposición alguna en virtud

de la cual sea posible considerar que en esos supuestos no exista el derecho a la doble instancia. Los efectos para el demandado son cruciales, pues ni siquiera podría intentar un amparo contra esa sentencia, pues no procede amparo contra lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

Consideramos que en estos casos, el Tribunal Constitucional estará legitimado a proceder de dicha manera si y solo si, existan circunstancias objetivas que evidencien que, por cuestiones de salud u otra circunstancia de igual magnitud, retrotraer el proceso a la primera instancia, representaría una grave afectación a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante. Pero, aún en esos casos, otra Sala del TC debería actuar como instancia revisora, para de esa manera asegurar el ejercicio de la doble instancia.

6.4.- Conclusión

En resumen, podría afirmarse que en el caso de procesos de impugnación de laudo arbitral, la ausencia de un recurso de apelación que asegure una segunda oportunidad de juzgamiento, se configura como una tolerable excepción a la exigencia constitucional de la doble instancia, dadas las características extraordinarias de dicho proceso, a las cuales no hemos referido en el numeral 6.2.

En los casos en los cuales el TC emite pronunciamiento sobre el fondo declarando fundada la demanda rechazada *in limine* en el Poder Judicial, consideramos que la constitucionalidad de dicho proceder

pasa, primero, por acreditar la existencia de una extraordinaria situación de grave afectación de la tutela jurisdiccional efectiva del demandante en el caso de no proceder de esa manera. Y, aún en tal caso, debería ser otra Sala del mismo Tribunal la que revise en apelación dicha sentencia, de lo contrario se estaría afectando el contenido constitucional a la pluralidad de instancias.

VII. ANOTACIONES CRÍTICAS SOBRE LA ACTUAL REGULACION DE LA APELACIÓN CIVIL

SUMARIO: 7.1. Nota preliminar.- 7.2. La exigencia de fundamentar el recurso y expresar el agravio.- 7.3. Las preclusiones en la segunda instancia.

7.1. Nota preliminar

Con lo expuesto en los capítulos precedentes ha quedado acreditado no sólo que el derecho a la revisión de la sentencia de primera instancia (ya sea vía el recurso de apelación o vía el recurso de nulidad o mediante la queja), es un derecho fundamental que hace, en

combinación con otras garantías, que un proceso puede calificado como un proceso con las mínimas garantías. También hemos visto que la sola regulación procesal no representa *per sé* una satisfacción de la racionalidad que inspira a la doble instancia. Se hace necesaria tanto una regulación procesal como un criterio de aplicación orientada a hacer efectivo la garantía de la doble instancia. Desde esta perspectiva, en el presente capítulo nuestro objetivo es trazar unos breves apuntes sobre la regulación procesal de la apelación civil.

7.2. La exigencia de fundamentar el recurso y expresar el agravio

Un criterio, al parecer, pacífico en la doctrina, diferencia entre recursos ordinarios y extraordinarios. A diferencia de éstos, aquellos son los que, al decir de GUASP, “como indica su nombre, se dan con cierto carácter de normalidad dentro del ordenamiento procesal. De esta normalidad deriva la mayor facilidad con que el recurso es admitido y el mayor poder que se atribuye al órgano jurisdiccional encargado de resolverlo. Por eso se dice que el recurso ordinario no exige motivos para su interposición ni limita los poderes judiciales de quien los dirime en relación a los poderes que tuvo el órgano que dictó la resolución recurrida”¹⁴⁵.

¹⁴⁵ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo II. Página 712. Citado por Roberto G. LUUTAYF RANEA, *Op. Cit.* Pág. 11.

En nuestra legislación procesal, un recurso extraordinario es el recurso de casación, en tanto establece como requisito de procedencia la obligación del impugnante de “describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial”¹⁴⁶. En tal contexto, el recurso de apelación vendría a ser el recurso ordinario, sin embargo, el CPC no se ha definido de manera tajante por tal diferenciación al regular el recurso de apelación, pues, por ejemplo, exige que el apelante fundamente el agravio indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, pero no solo eso, sino que además, exige que se precise la naturaleza del agravio y sustente la pretensión impugnatoria (Art. 366). La omisión de la fundamentación o de la expresión del agravio origina la declaración de improcedencia del recurso de apelación.

Indudablemente que es saludable que el que apele sustente, de la mejor manera posible, los fundamentos de su pretensión impugnatoria. Como es saludable que quien es notificado con una demanda, la conteste puntualmente y, de ser el caso, documentadamente, pero si no la contesta ello no significa que la demanda deba ser declarada fundada. Existirá, es cierto, una presunción legal relativa de la veracidad de lo afirmado en la demanda. Hasta allí la consecuencia ante la omisión de una carga (contestar la demanda) resulta racional.

¹⁴⁶ Artículo 388, según la modificación introducida recientemente mediante el artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009.

En materia de apelación, no obstante que estamos –o deberíamos estar– ante un recurso ordinario, el CPC exige una diligencia extraordinaria al impugnante. Puede pensarse que detrás de esta exigencia de sustentación del recurso, esta la idea de poner coto a las apelaciones perversas, fraudulentas, meramente dilatorias. Lo cual, considerando sus fines, haría razonable tal exigencia; sin embargo, creemos que la exigencia resulta de una formalidad extrema: pedir que el apelante sustente el agravio ¿no es acaso retórico?, qué más agravio que el hecho de tener una sentencia en contra, que de especial, más allá de eso, requiere decirse en una apelación para demostrar al juez que la sentencia en contra causa agravio.

En tal contexto, desde una perspectiva de interpretación y aplicación flexible de los requisitos para apelar, consideramos que resultaría inconstitucional declarar improcedente una apelación por no haber cumplido con expresar el fundamento de la apelación y evidenciar el agravio que causa a apelante la sentencia impugnada. Recordemos que los derechos fundamentales vinculan directamente al juez, exigiéndole una conducta favorable a su vigencia efectiva.

7.3. Las preclusiones en la segunda instancia

Entre la apelación nuevo proceso y la apelación mera revisión del acto impugnado, nuestro CPC, pareciera inclinarse por este segundo modelo. Así al regular el objeto de la apelación señala que

“El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine (...), *la resolución* que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente” (la cursiva es nuestra). Se trataría pues de una apelación orientada únicamente a la revisión del acto impugnado, a la revisión del auto o sentencia apelada.

Sin embargo, tratándose de los procesos de conocimiento y abreviado, es posible incorporar nueva prueba respecto de hechos acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso y documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no hayan “podido conocerse y obtenerse con anterioridad”.

Tal posibilidad de actuación probatoria en la segunda instancia, no responde a la lógica de la apelación-mera revisión del acto impugnado. En efecto, una labor de simple revisión del acto impugnado, para que sea tal, tendría que hacerse en las mismas condiciones en las que se emitió la decisión impugnada. La incorporación de nuevo material probatorio, amplía la función de órgano de segunda instancia hasta ubicarlo en el rol de instancia de conocimiento y resolución y no de un simple revisor que, aplicando una fórmula matemática, a lo GUASP, se limita a revisar el acto impugnado.

Desde esta perspectiva nuestra apelación civil se acerca al modelo de apelación plena, lo cual es satisfactorio para la tutela

jurisdiccional efectiva, pues no podemos estar ante una sentencia legítima, si mediante ella se da el derecho a quien no la tiene y sustentado únicamente en una preclusión probatoria. Sin embargo, tal regulación permisiva a la actividad probatoria en segunda instancia, presente dos problemas. Primero, no existe fundamento convincente por el cual tal facultad probatoria sólo esté limitado a los procesos de conocimiento y abreviado. Segundo, el derecho a probar es un componente esencial del debido proceso, como tal no se entiendo cómo en base a un rigorismo formalista del proceso, se establecen preclusiones probatorias en segunda instancia. Salvo afectación de otro derecho igualmente relevante no debe existir preclusión probatoria, la posibilidad de probar los fundamentos de una pretensión debe estar abierta libremente en la segunda instancia. Obviamente una mínima exigencia lógica aconseja un mínimo de orden en las actuaciones procesales, debe existir un momento en que las alegaciones y la actividad probatoria se cierre para ambas partes, dejando paso al trabajo de análisis y construcción de la decisión que deberá adoptar la segunda instancia. Eso es racional. Lo que es irracional es cerrar o restringir la posibilidad probatoria en la segunda instancia, durante todo el trámite, por el solo hecho de tratarse de actuaciones en segunda instancia.

Creemos desde esta perspectiva que la preclusión probatoria en la segunda instancia, tal como está regulada actualmente en el CPC

atenta con el derecho fundamental a probar los fundamentos de la pretensión.



VIII. BIBLIOGRAFIA

ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica. Lima 4004.

ARIANO DEHO, Eugenia. «Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso». En: *Advocatus*. Revista editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 9. Lima, 2003-II, p. 395-404.

_____ «En defensa del derecho de impugnar en el proceso civil (Vicisitudes de una garantía “incomprendida”)». En: *Problema del Proceso Civil*. Jurista Editores. Lima, 2003. p. 229-242.

_____ «Impugnaciones “injustas”: Una abstracta polémica y un concreto caso», publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica Año 9. N° 66, Lima, marzo 2004, p. 83-94.

_____ “En busca de nuestro modelo de apelación”. En: *Derecho Procesal*, Revista virtual de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Procesal de la Universidad Católica. Lima. Año 2 - Número 2. http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/La_apelacion_buscada_-_Eugenia_Ariano.pdf (consultado el 10 de junio de 2009)

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas de los recurso en el proceso civil brasileño”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° 5. Lima, 2002.

- B.J. MAIER, Julio. “Acerca de la garantía procesal del recurso contra la condena penal en las convenciones internacionales sobre derechos humanos”. En: *Antología. El proceso penal contemporáneo*. Ed. Palestra. Lima, 2008.
- BESEÑA, “Sobre la instancia única o doble en materia civil”, En: *Revista de Derecho Privado*, 1933
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. Madrid, España, 1991.
- _____. *El problema del positivismo jurídico*. EUDEBA, Buenos Aires, 1965.
- CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. EJEA. Bs. As. 1960.
- _____. *La Casación Civil*. Vol 1, Oxford. University Press. México, 2001.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía. “La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso en el proceso penal, el doble grado de jurisdicción y la instancia única: (en relación al sistema de impugnación de la Ley Orgánica 7/1998)”, *Revista general de derecho*, N° 631, 1997, pags. 3867-3888.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974. [«Dictamen Iconoclástico Sobre la Reforma del Proceso Civil Italiano»].
- CACHÓN VILLAR, Pablo “La doble instancia penal y el recurso de casación”. En: *Revista jurídica de Castilla y León*, N°. 10, 2006, pags. 13-64.

CARNELUTTI, “Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal argentino”. En: *La Ley*, Tomo 51.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Palestra, Lima 2005.

COSTA, El recurso de apelación. Bs.As.1950.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición póstuma. Depalma, Bs. As. 1958.

DE LEÓN VELASCO, Anibal Hector. *El recurso de Casación Penal. Los recursos en el sistema procesal penal guatemalteco y en el derecho comparado*. Tesis Doctoral, sustentada en la Escola de Postgrau de la Universitat Autònoma de Barcelona. En: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-0131106-195857//halv1de1.pdf (Consultado el 10 de junio 2009)

ETO CRUZ, Gerardo. ¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia*. Año 2. Nº 3. Editorial Palestra, Lima, 2004.

FAIREN GUILLEN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal Generales*. Bosch. Barcelona. 1990.

_____, *El razonamiento de los tribunales de apelación*
Editorial Universitaria Ramón Araces. 1990.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. En el libro colectivo *Interpretación Constitucional*. Eduardo FERRER MAC-GREGOR (Coord.) Tomo I. Ed. Porrúa-UNAM, México 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 30, Año 1959. Pag. 160.

GONZALES GARCÍA, Jesús María. ¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho de revisión de la condena penal por la instancia superior). En: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador*. Tomo IX. Derechos Humanos y Tribunales Internacionales. México. UNAM, 2008. Pág. 105-135.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. “La ejecución de las sentencias en los procesos de tutela de los derechos: las lecciones de la Corte Suprema Norteamericana”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Editorial Palestra. Año 2, N.º 12, diciembre 2007, Lima.

FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. En: Revista Nueva Doctrina Penal. Ed. Del Puerto. Bs. As. T. 1996/B. pp. 445-456.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *La constitución y proceso civil en latinoamérica*. UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas. Mexico, 1974.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. «Sobre la dimensión jusfilosófica del proceso». *Doxa*. N° 21-II (1998).

IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel M. *Tratado de los recursos en el proceso civil: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación comparada*. Cuarta edición. Ed. Ley, Buenos Aires. 1969.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Bosch. 2008.

GÓMEZ ORBANEJA. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Octava edición. Madrid, 1976.

HÄBERLE Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Dykinson Madrid, 2003.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. CEPC. Madrid, 2003.

JOFRÉ, “Doctrina de la doble instancia”. En: J.A. Tomo 1.p. 131

JORDÁN MANRIQUE, Hernán. “Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional”. En: Foro jurídico -- Año 2, no. 4 (2005) p. 70-90.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y León GARCÍA-COMENDADOR ALONSO. *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*. Tirant Lo Branch. Valencia, 2008.

LOUTAYF RANEA. Roberto G. El recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia. Ed. Astrea. 1989.

MALDONADO, Marta Susana. «El debido proceso. La garantía de la doble instancia en materia penal o el derecho constitucional al recurso. Situación en Argentina. Materias Pendientes». En: *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México, 2002.

MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid, 1996.

MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación de proceso civil peruano. Escrito Reunidos. Ed. Comunidad, Lima, 2003.

_____, “La anticipación de la sentencia impugnada”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo V. Lima 2002. Pág. 204.

MONTERO AROCA, Juan. Proceso (Civil y Penal) y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.

_____, MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Tiran lo Blanch, Valencia, 2000.

MORA MORA, Luis Paulino. “La independencia del Juez como derecho humano”. En: Liber Amicorum, Hector Fix Zamudio. Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*. Editora Plantense, Bs. As. 1988.

OTEIZA, Eduardo. “El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina”. En: En: La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador. Tomo X. Tutela Judicial y Derecho Procesal. México. UNAM, 2008. Pág. 73-93.

ORTELL RAMOS, Manuel, et al. *Derecho jurisdiccional*. Tomo II. Volumen I [Proceso Civil]. Editorial Bosch. Barcelona, 1994.

PASINI COSTADOAT, Posibilidad de implantar la instancia única en el procedimiento civil y comercial de la Capital Federal, Bs. As. 1946.

PASTOR, Daniel. Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia ¿La casación penal condenada?. A propósito del caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: REVISTA 23. OCTUBRE 2003. AÑO 15, N° 23. Consultado en: <http://www.cienciaspenales.org/revista5f.htm>.

PIZZOLO, Calogero. “El desarrollo de algunas garantías que hacen al "debido proceso" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” En: Foro jurídico. Año 1, no. 1 (2002) p. 103-110.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. «La configuración del derecho a los recursos en el convenio europeo de derechos humanos, pacto internacional de derechos civiles y políticos y constitución española de 1978» En: rexurga.es (Revista Xurídica Galega) <https://www.rexurga.es/pdf/COL180.pdf> Consultado el 29-08-07.

PIETRO CASTRO. “Limitaciones de la apelación” (En: Ponencia General al II Congreso Internacional de Derecho Procesal, Viena, 1953) y “Perfeccionamiento de la apelación” (Trabajos y orientaciones del derecho procesal, 1964.

PRIORI POSADA, Giovanni F. «Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción». *Advocatus*. Revista editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 9. Lima, 2003-II, páginas 405 a 422. Publicado también en: *El Proceso Civil. Enfoques Divergentes*. [“Cuestionando el doble grado de jurisdicción”]. Ed. Iuris Consulti S.A.C., Lima, noviembre 2005. pp. 83-103.

_____, “El proceso en el Estado Constitucional”. En el libro de ponencias del Seminario Internacional de Derecho Procesal *Conferencia y Constitución PUCP*, 22 y 25 de setiembre de 2009.

SÁIZ ARNAIZ, Alejandro. “Aforamiento y doble grado de jurisdicción”. En: *Parlamento y Constitución. Anuario*, N° 5, 2001, pags. 71-101.

SOLÉ, Jaime. «Recurso de apelación». En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima; 1998.

SUÁREZ LLANOS, M. Leonor. “El sueño de la codificación y el despertar del Derecho”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29 (2006).

SUAU MOREY, Jaime. Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal. Bosch. Barcelona, 1995.

SUPERTI, Héctor. «La Impugnación Procesal, los Recursos y el Pacto de San José de Costa Rica». En: Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal, consultado en: <http://www.iidp.org/index.cgi> el 29-08-07.

TAPIA FERNANDEZ, Isabel. “Derecho Fundamental a un proceso con todas las garantías (Artículo 24.2 de la Constitución Española): obligatoriedad de una segunda instancia penal y exigencia de inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas por el órgano de apelación. La sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002 y 167/2002”. En: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador*. Tomo X. Tutela Judicial y Derecho Procesal. México. UNAM, 2008. Pág. 117-139.

TARUFFO, Michele. Racionalidad y crisis de la ley procesal». *Doxa*. N° 22, 1999

TÁVARA CÓRDOVA, Francisco. *Los recursos procesales civiles*. Guía práctica N° 5 de *Diálogo con la jurisprudencia*. Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2009.

TODOLÍ GOMEZ, Arturo. “Doctrina jurisprudencial y reforma legal respecto de la segunda instancia penal por delitos gravez”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. N° 19. Enero-Junio, 2007.

YÁVAR UMPIÉRREZ, Fernando. *La garantía de la doble instancia en los procesos penales y la obligación de fundamentar el recurso de apelación*. Consultado en: www.yavar-law.com/articulos/GARANTIA_DOBLE_INSTANCIA.doc. (consultado el 10 de junio de 2009).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Segunda Edición 1997.

VALLS GOMBAU, José Francisco .en su artículo “La ejecución provisional”. En: *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*. N° 10, Madrid, CGPJ, 1992.

VELASQUEZ MARTÍN, M^a Ángeles. *La ejecución provisional en el Proceso Civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Dickinson.

VERDUGO GARCÍA, Juan. “La ejecución provisional en la nueva ley: Un asunto delicado”. Publicado en [:http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200104-observatorio2.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200104-observatorio2.html) (consultado el 16 de junio de 2009).

VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamerica*. Depalma. Buenos Aires, 1988.

