

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**DESMITIFICANDO MITOS: ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA DOBLE
INSTANCIA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO**

Tesis para obtener el título de abogado que presenta el Bachiller:

FABIO NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES

Asesor:

GIOVANNI PRIORI POSADA

Lima, 2015



INTRODUCCIÓN: LA HISTORIA DE LOS MITOS

CAPÍTULO I: LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

- 1.1 El derecho existe para realizarse
- 1.2 La tutela jurisdiccional efectiva
- 1.3 El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales

CAPÍTULO II: LA DOBLE INSTANCIA

- 2.1 Antecedentes históricos de la doble instancia
- 2.2 ¿Qué es la doble instancia?
- 2.3 Doble instancia y doble grado de jurisdicción
- 2.4 Reconocimiento constitucional y legal
- 2.5 Reconocimiento internacional
- 2.6 Diferencia entre doble instancia y recurso de apelación
- 2.7 Apuntes sobre el recurso de apelación

2.8 El estado de la cuestión: defensores y detractores

2.9 ¿Cuál es la razón de ser de la doble instancia? El Juez predeterminado por la ley.

CAPÍTULO III: EL ANÁLISIS DE COSTOS EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1 La filosofía Benthamita: dolor y placer

3.2 El análisis costo-beneficio

3.3 El análisis costo-beneficio en la ponderación de derechos fundamentales

3.4 La maximización de los derechos fundamentales

3.5 Plazo razonable vs. mitigación del riesgo de error judicial

3.6 Una ponderación defectuosa

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA DOBLE INSTANCIA

4.1 El error como riesgo permitido

- 4.2 Desperdicio de tiempo: justicia retrasada es justicia denegada
- 4.3 Desperdicio de información: afrenta al principio de oralidad
- 4.4 Desperdicio de dinero: no hay almuerzo gratis
- 4.5 Externalidades e internalización de costos
- 4.6 La doble instancia como mecanismo institucionalizado para la mala fe procesal
- 4.7 Aplicación de la segunda formulación del Teorema de Coase
- 4.8 La desvalorización del juicio de primer grado

CAPÍTULO V: NUESTRA PROPUESTA:

- 5.1 Desacralicemos la doble instancia
- 5.2 La casación como mecanismo para controlar el poder

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA



I. DESMITIFICANDO MITOS

Los mitos –dice De Trazegnies– son saludables y enriquecedores con relación a esas verdades y a esos conocimientos que no pueden ser expresados sino míticamente. Pero cuando la forma mítica desciende del plano de los grandes misterios de la Divinidad; del Cosmos y del Yo y pasa a sustituirse a la razón o a la observación en los campos propios del análisis crítico o de la comprobación rigurosa de los hechos, entonces el mito se prostituye y se convierte en pseudo-ciencia o en pseudo-historia; en este caso su función es empequeñecedora y oscurecedora antes que iluminadora y ampliadora de la conciencia¹.

Como se puede apreciar, la historia –y, en esa medida, nuestro propio conocimiento– está salpicada y contaminada por mitos y leyendas, absurdas creencias y afirmaciones inexactas². La doble instancia es parte de esta historia. La historia de los mitos.

Ciertamente, muchos no generan mayor problema: son inofensivos e intrascendentes, y una vez develados sólo sirven para recordarnos que la ignorancia humana es atrevida³. El problema se presenta con aquellos mitos sacralizados elevados a rango de conceptos intocables, respecto de los cuales

¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo 1. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990, p. 27.

² PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: THEMIS N° 46, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 315.

³ *Ibidem*, p. 315.

no se puede criticar, bajo pena de cometer un atentado conceptual, histórico o dogmático⁴.

Así, por lo general, somos poco dados a cuestionar las premisas de aquello que nos rodea. Es más fácil así. Y cuando alguien lo hace, estamos tan condicionados y aturdidos por nuestra pasividad que automáticamente pensamos “no, no puede ser”, sin siquiera haber analizado el nuevo planteamiento⁵. En este contexto, es menester invocar el método cartesiano de la duda a fin de repensar aquellas instituciones que la historia –y solo la historia– ha dado como ciertas.

Pensamos con convicción que este método tiene especial cabida en el Derecho pues existe un sinnúmero de instituciones jurídicas que suelen ser consagradas sin un previo análisis de sus fundamentos. Y, para nuestra desgracia, sucede que muchas de estas instituciones sobreviven más por negligencia nuestra que por las virtudes de sus creadores⁶.

Uno de los mitos más amados por los juristas consiste en creer que las instituciones jurídicas son eternas, que no tienen comienzo ni fin porque son contemporáneas de la humanidad: comenzaron con el primer hombre y terminarán con el último⁷.

⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 414. En la misma línea, Pasquel y Bayly han señalado que “*el problema lo traen aquellos otros mitos y absurdas creencias que se vuelven oficiales –como la quema de brujas o la idea de la superioridad de la raza aria– y que tienen consecuencias directas en la realidad, limitando nuestras posibilidades y, por qué no, nuestra propia libertad*”⁴. PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. Op. Cit., p. 316.

⁵ *Ibidem*, p. 316.

⁶ *Ibidem*, p. 316.

⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Op. Cit., p. 27.

En esta línea de criterio el profesor Juan Monroy se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Hay algunos temas cuyo reconocimiento constitucional les 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.

Por su parte, el profesor Giovanni Priori se ha expresado en las siguientes palabras:

“El problema se agudiza si dichos estudios versan sobre uno de esos institutos que son predicados o repetidos históricamente como dogma, es decir, sobre aquellos que han sido (muchas veces a causa de imprecisiones o incorrectas interpretaciones históricas) elevados a rango de conceptos intocables y sagrados, respecto de los cuales no se puede reflexionar, bajo pena de cometer un sacrilegio procesal”⁹.

⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992*. En: THEMIS N° 15, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, p. 47-48.

⁹ Debo admitir que este ha sido el ensayo que más me ha impactado en el trayecto de mi vida universitaria. Lo es que es más, pienso que la posibilidad de “dudar” y criticar las instituciones jurídicas la aprendí del profesor Priori. Por ello, soy absolutamente sincero cuando digo que este tema de tesis se lo debo a él. Asimismo, pienso que una de las experiencias académicas que más me ha conmovido fue leer las dos primeras páginas de su ensayo “reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. Para quienes aún no han tenido la oportunidad de leerlo, comparto con ustedes dichas líneas: *“han pasado cien años desde aquel día en el cual, según cuenta la historia, un joven profesor italiano cambiara el rumbo de los estudios procesales. Un siglo ha pasado ya desde que aquella Prolusión de Bologna sentenciara la autonomía del derecho procesal respecto del derecho material; un siglo de grandes estudios procesales guiados por el espíritu de la dogmática alemana e inspirados por la luz de la sistemática italiana. A cien años de Chiovenda, sin embargo, creemos que muchos de los estudios procesales han perdido el rumbo. Uno de los grandes problemas por los que han atravesado los estudios procesales, es que muchos de ellos han sido –e incluso son– realizados sin atender la función y finalidad que cumple el proceso en el ordenamiento jurídico y en la sociedad. El problema se agudiza si dichos estudios versan sobre uno de esos institutos que son predicados y repetidos históricamente como dogma, es decir, sobre aquellos que han sido (muchas veces a causa de imprecisiones o incorrectas interpretaciones históricas) elevados a rango de conceptos intocables y sagrados, respecto de los cuales no se puede criticar, ni reflexionar, bajo pena de cometer un sacrilegio procesal, conceptual, histórico o dogmático. Son varias las ocasiones en las que los procesalistas olvidan en sus estudios que están ante un instituto procesal y, como tal, ante un instituto necesariamente instrumental, creado por el ser humano para servir a las necesidades vitales del*

Como se puede apreciar, el Derecho es bastante afecto a los falsos mitos, lo que entopece artificialmente su desarrollo como disciplina. Nosotros pensamos –y buscaremos acreditar a través de la presente tesis– que la doble instancia es parte de la historia de los mitos. El culto al doble grado se ha convertido pues en una verdad incuestionable, irrefutable e incontrovertible.

Estamos seguros que el lector comprenderá la necesidad de esta introducción sin abordar el fondo del tema; pero lo cierto es que en este punto resultaría evasivo estudiar el tema que nos ocupa olvidando lo nefasta y deplorable que ha resultado siendo para la humanidad la “historia de los mitos”.

II. PROPÓSITO DE LA PRESENTE TESIS

mismo y no para servir al proceso en sí. De esta manera, muchos procesalistas olvidan que el proceso existe para servir a la solución pacífica y justa de los diversos conflictos de intereses que se producen en la sociedad, a consecuencia de una crisis de cooperación producida por el incumplimiento por parte de los sujetos de las normas de conducta impuestas por el ordenamiento jurídico, lo que produce una vulneración a las situaciones jurídicas de ventaja por él reconocidas y, en consecuencia, una situación de injusticia. Se olvida que detrás del proceso hay siempre un drama humano. Muchos estudios se quedan en esa simple creación humana que es el proceso, olvidando que este tiene por finalidad hacer que las situaciones jurídicas de los particulares realmente se realicen, es decir, sean efectivas, para así alcanzar la justicia. Muchas veces se observa el proceso y los institutos procesales como fines en sí mismos, como si su mero desarrollo y trámite resolvieran los problemas de las personas y de la sociedad. El procesalista muchas veces parece sentir que su tarea ha acabado con el diseño del proceso. Muchos procesalistas sienten y creen firmemente que al haber desarrollado la disciplina procesal tienen que defender al proceso y a todos sus institutos, porque el proceso por sí y en sí es una garantía. Por ello, muchos creen que mientras más institutos procesales existan, mientras más complejos sean o mientras más dure el proceso, mayor garantía existe para los sujetos. Muchas veces se olvida que el proceso no es justicia, sino un medio para alcanzarla. Se olvida que más allá del proceso hay un ser humano. Se olvida también que hay una dignidad humana y unos derechos fundamentales que con el proceso muchas veces se hacen pedazos, porque el proceso y sus institutos con frecuencia han sido elaborados en un escritorio, delante de miles libros, en una biblioteca sin aquellas ventanas que sería necesaria tener siempre abiertas para que el procesalista recuerde, cada segundo de trabajo y de reflexión, que fuera de esa biblioteca hay una sociedad que clama e implora por justicia, que clama por algo tan esencial y simple a la vez que el procesalista, imbuido en tantos conceptos, parece no entender. De esta manera, a cien años de la Prolusión de Bologna, creemos firmemente que el Derecho Procesal se ha quedado en el camino, pues no ha sido capaz aún de llegar a la meta. Los procesalistas han sido unos expertos constructores de caminos, pero poco hacedores de obras. Los procesalistas se han convertido en unos grandes caminantes sin rumbo. Se han convertido en grandes exponentes de una gran e interesante disciplina que, a cualquiera con sensibilidad que se ocupe de ella, no puede sino producirle insatisfacción. Sabemos que el lector disculpará todas estas líneas, que hasta ahora hemos escrito sin abordar el fondo del tema; pero a estas alturas, deja de ser ético ocuparse de un tema como el que nos corresponde abordar olvidando todo lo expuesto. Y es preciso confesar que, en tan poco tiempo en este recorrido por el derecho procesal, nos hemos percatado que existe un gran olvido y postergación del ser humano y la justicia. Por el contrario, hay quien se regocija en el proceso por sí mismo, olvidando que el pleno regocijo y satisfacción no están en el proceso, sino en algo más allá de él: la justicia. Hay quien se queda en el proceso. Hay quien mira solo al proceso desde el proceso y para el proceso. Hay quien se satisface plenamente con el solo trámite del proceso. Hay quien cree que el proceso vale por sí. Hay quien olvida la instrumentalidad y contingencia del proceso. Hay quien olvida que mañana el proceso puede desaparecer. Hay quien olvida también que lo permanente es la justicia. Este es solo un intento de reflexión sobre un instituto procesal. PRIORI POSADA, Giovanni. Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. En: Revista Advocatus, Número 9, p. 407.

En 1628 René Descartes decidió permanecer veinte años trabajando en una tarea filosófica, cuya inspiración había proveniendo de tres sueños sucesivos que él interpretó como una misión. Escribió entonces un tratado de metafísica sobre el alma y Dios. Este trabajo versa sobre lo que más adelante serían las “meditaciones metafísicas”. En la primera meditación, Descartes habla de las cosas que se pueden poner en duda:

“De modo que me era preciso intentar seriamente, una vez en mi vida, deshacerme de todas las opiniones que hasta entonces había creído y empezar enteramente de nuevo desde los fundamentos si quería establecer algo firme y constante”¹⁰.

El presente ensayo es una invitación al lector –tal y como lo hizo Descartes– a “dudar”. Como mencionamos en párrafos anteriores, en nuestra realidad existe un sinnúmero de instituciones jurídicas obsoletas que suelen ser internalizadas sin un previo análisis de sus fundamentos. En nuestra opinión, una de las instituciones procesales que está comprendida en este grupo es la doble instancia.

¹⁰ DESCARTES, René. *Meditaciones Metafísicas*. En: *Obras Escogidas. Temas de filosofía moderna*, p. 297. La cita completa es la siguiente: “Hace ya algún tiempo que me he dado cuenta de que desde mis primeros años había admitido como verdaderas una cantidad de opiniones falsas y que lo que después había fundado sobre principios tan poco seguros no podía ser sino muy dudoso e incierto, de modo que me era preciso intentar seriamente, una vez en mi vida, deshacerme de todas las opiniones que hasta entonces había creído y empezar enteramente de nuevo desde los fundamentos si quería establecer algo firme y constante en las ciencias. Pero pareciéndome este proyecto demasiado grande, he aguardado a alcanzar una edad que fuera tan madura que no tuviera que esperar otra posterior más apropiada para ejecutarlo, lo cual me lo ha hecho aplazar tanto que pensaría cometer una falta si empleara aun en deliberaciones el tiempo que me queda para obrar. Ahora pues, que mi espíritu está libre de toda clase de cuidados y que me he procurado descanso seguro en una tranquila soledad, me aplicaré seriamente y con libertad destruir en general destruir todas mis antiguas opiniones. Pero no será necesario para cumplir este propósito probar que todas ellas son falsas, cosa que quizás jamás lograría llevar a cabo; pero –puesto que la razón me convence, por lo pronto, de que a las cosas que son enteramente ciertas e indudables debo negarles crédito con tanto cuidado como a aquellas que parecen manifiestamente falsas- bastará el menor motivo de duda que yo encuentre para hacer que las rechace todas. Y para esto no es necesario que examine a cada una en particular, lo que sería un trabajo infinito; pero ya que la destrucción de los fundamentos necesariamente arrastrara consigo todo el resto del edificio, atacaré, por lo pronto, los principios sobre los cuales se apoyaban mis antiguas opiniones.

No es el objetivo de esta tesis, por cierto, persuadir al lector de que la regla constitucional debiera ser la “unidad de instancia” en todo tipo de procesos ni mucho menos, porque ello excedería con creces el objetivo trazado, sino cuestionar la función que cumple la doble instancia en el proceso civil peruano a fin de que se repiensen sus premisas, evaluando si debiera seguir siendo considerada como un derecho que forma parte del debido proceso.

En tal sentido, la tesis que compartimos intentará demostrar que si bien la doble instancia en algún momento histórico cumplía una función, actualmente no cumple la función para la que está prevista en el proceso civil peruano.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA METODOLOGÍA: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Hans Kelsen emprendió la tarea de elaborar una teoría depurada de toda ideología política, de todas las ciencias sociales y de todas las ciencias de la naturaleza. Su propósito era elaborar una teoría regida por leyes que le sean propias. Propuso un derecho concebido en base a una serie de normas coordinadas y sistematizadas que se encuentre ajeno a cualquier actitud valorativa.

Kelsen señalaba que al Derecho se habían introducido temas psicológicos, sociológicos, históricos, morales y hasta teológicos, lo que había puesto en peligro al Derecho como ciencia autónoma. Kelsen insistía en que el Derecho debía estar dotado de objetividad y precisión. Se propuso crear así una teoría pura del Derecho bajo la cual se entienda que los juristas no están llamados a

construir, sino a observar y analizar el Derecho puesto.

En nuestra opinión, esta línea de pensamiento le hizo –y le hace– mucho daño al Derecho. La ciencia jurídica –como ciencia social– tiene como propósito regular las conductas de los seres humanos y, si ello es así, es imposible escindir al Derecho de las ciencias naturales o sociales como la psicología, la sociología, la economía, la biología, etcétera. Uno y otros están tan ligados como la sombra al cuerpo.

Pues bien, si el Derecho es una ciencia social que busca regular la conducta de los seres humanos, es evidente que el primer paso –antes de regular– consiste en entender cómo se comportan. No hay forma de comprender la conducta humana si no es a través de la psicología, la economía, la antropología, la biología, etcétera.

Claro que la comprensión de la conducta humana es un ejercicio complejo. Seguramente la visión que tendrá el legislador luego de estudiar la conducta humana a través de otras disciplinas seguirá siendo parcial. No podría ser de otra manera, el ser humano es impredecible. No obstante ello, por lo menos podemos señalar que al estudiar otras ciencias, el legislador contará con una visión más rica para regular de forma más adecuada.

Por ello, la metodología que utilizaremos en la presente tesis abandonará el mito que el Derecho debe ser ajeno a otras ciencias e intentará conjugar el Derecho y la Economía. Pensamos que si la Economía busca predecir

conductas, su relación con el Derecho es obvia. Si el propósito del Derecho es regular conductas, la predicción de las conductas de los seres humanos es de suma utilidad. Saber el impacto de una Ley, de una decisión judicial o de una institución en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto con la realidad¹¹.

En ese sentido, nos valdremos del análisis económico del Derecho con el propósito de demostrar que la doble instancia no cumple la función para la que está prevista en el proceso civil peruano. Para ello identificaremos los costos y los beneficios que se derivan de la consagración de la doble instancia en el texto constitucional y contrastaremos esta institución con la realidad.

Somos conscientes que el análisis económico del Derecho es una herramienta incompleta. Se trata de una de las tantas aristas desde las cuales se puede analizar el Derecho. En realidad, para que una regulación sea adecuada no solo debe atenderse a variables económicas, sino también a variables psicológicas, sociológicas, históricas, biológicas, etcétera.

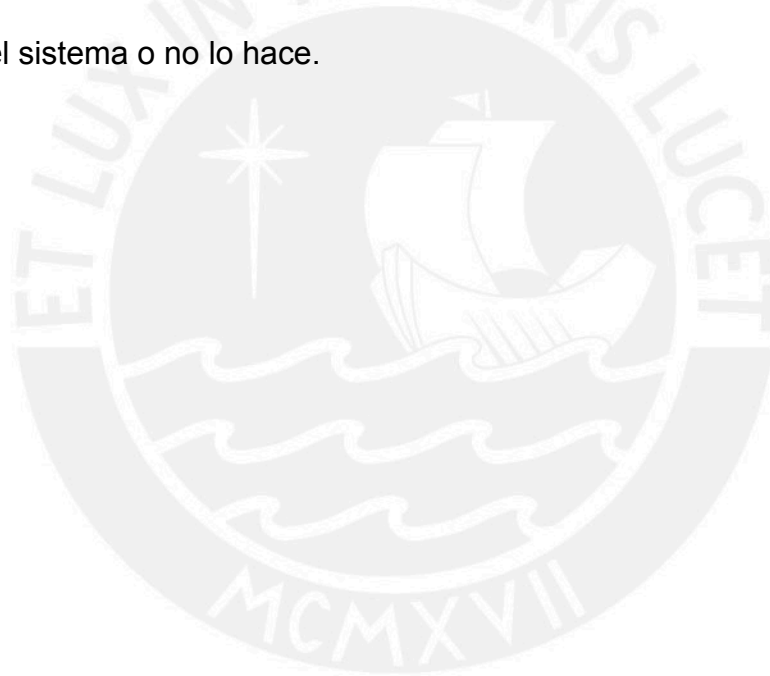
Como bien señala Rivarola, el paradigma de la racionalidad y, por ende, el análisis económico del Derecho, es una herramienta útil para predecir conductas, pero debe ser refinado y complementado con el análisis empírico de cómo se comportan las personas en el mundo real¹².

¹¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición, Palestra, Lima, 2010, p. 41.

¹² RIVAROLA REISZ, Domingo. *¿Está complete el Análisis Económico del Derecho?* En: Revista Enfoque Derecho, Portal web editado por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, <http://www.revistathemis.com/enfoque/pag.04.htm>.

En ese sentido, al intentar desmitificar la doble instancia a través del análisis económico del Derecho somos conscientes que nuestra metodología constituye una de las muchísimas teorías desde la cual podría abordarse el estudio de la funcionalidad que cumple la doble instancia en el proceso civil peruano.

De lo que no dudamos es que la regulación que se deriva de un análisis costo-beneficio es mucho más virtuosa que la regulación que se realiza sin atender a ninguna ciencia y/o disciplina. El análisis económico del Derecho es una arista más que nos permite determinar si una determinada institución cumple una función en el sistema o no lo hace.





I. EL DERECHO EXISTE PARA REALIZARSE

Cuando los particulares inician un proceso, no solo buscan la expedición de una sentencia que ponga fin a la controversia. Tampoco pretenden exclusivamente que en el marco del proceso se respeten al pie de la letra las garantías esenciales de un debido proceso. Lo que en última instancia buscan es que la decisión jurisdiccional cobre vida transformando un “estado de cosas” o situaciones concretas en el plano de los hechos de la manera más rápida y efectiva posible¹³. En otras palabras, los particulares no solo se conforman con obtener una sentencia favorable; lo que finalmente querrán es que esa sentencia sea efectiva hasta sus últimas consecuencias¹⁴.

No se trata pues de que el Juez expida la sentencia y que la decisión contenida en ella quede en el papel. Por el contrario, la sentencia será efectiva en tanto que las partes cumplan en la realidad con lo ordenado por el Juez¹⁵. Lo contrario sería convertir las sentencias, y el reconocimiento por ellas de los derechos a favor de cualquiera de las partes, en meras declaraciones de propósitos o de buenas intenciones. De nada serviría obtenerlas, con todas las virtudes de un debido proceso, si el solemne pronunciamiento que las corone no llegara a tener reflejo en mundo de los hechos¹⁶.

El proceso judicial, como cualquier proceso, debe ser siempre instrumental. Debe tender siempre a la efectividad. El proceso no debe existir por sí ni para

¹³ SALCEDO CUADROS, Carlos Magno. *La ejecución de la sentencia de tutela de derechos como derecho fundamental. Breves apuntes e implicancias a propósito del caso Fonavi*. En: Actualidad Jurídica No 181, p. 202.

¹⁴ *Ibídem*, p. 201.

¹⁵ PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. 4ta edición, Ara Editores, Lima, p. 80.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 316/1994.

sí, ni se debe a sí mismo. Una visión del proceso desde el interior del mismo hacia él mismo, devela una mirada huérfana. Un procesalismo visto así es un procesalismo decadente. El proceso debe ser visto desde fuera de él, para ver como él sirve a algo distinto a sí mismo¹⁷. El proceso está al servicio del derecho material y no al revés. Como bien dice el refrán, el Derecho existe para realizarse.

II. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Es en esta situación en que adquiere relevancia el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En la denominación de esta garantía se encuentra su real alcance y contenido. Esta garantía nos recuerda que lo trascendente es tutelar de manera efectiva las situaciones jurídicas materiales. Esta denominación pone énfasis en el instrumento, antes que en la finalidad. Se preocupa del resultado, antes que del medio. El sistema procesal trata de asegurar que el juicio cumpla el fin para el que está previsto¹⁸. La noción de tutela jurisdiccional efectiva responde más a esa necesidad que el proceso está llamado a cumplir¹⁹.

Al respecto, el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Perú de 1993

¹⁷ PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: *lus et Veritas* 26, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, p. 274.

¹⁸ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch: Barcelona, 1994, p. 276.

¹⁹ En palabras de Giovanni Priori, "conforme al contenido de la tutela jurisdiccional efectiva, se hace necesario que la sentencia que se dicte al término del proceso pueda ser ejecutada, pues sólo así se brinda una real y efectiva tutela a quienes inician el proceso". PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. 4ta edición, Ara Editores, Lima, p. 284; 288.

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

Debemos precisar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformada por una serie de derechos que conforman su contenido. Esta serie de derechos podría estar resumido de la siguiente manera: derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho que ponga fin a la controversia y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales²⁰.

Es fácil advertir entonces que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los particulares al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello y exige la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada²¹. De esta manera, no es difícil advertir que la efectividad de la tutela jurisdiccional se encuentra inescindiblemente vinculada con la instrumentalidad

²⁰ *Ibidem*, p. 290. Sobre este particular, el profesor Priori ha mencionado que “*resulta pues manifiesta la expresión de nuestro máximo intérprete de la Constitución de que los derechos necesitan ser efectivos y que para ello se requiere de la protección jurisdiccional de los mismos*”. PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: *Ius et Veritas* 26, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, p. 284.

²¹ *Ibidem*, p. 281. Una sentencia que nos parece realmente relevante es la expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 615-1999-AA/TC en que se estableció: “*en ese sentido, el Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin que so pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional*”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 615-1999-AA/TC.

misma del proceso, es decir, con la función que debe cumplir éste en el ordenamiento jurídico²².

Como se puede apreciar, la efectividad de la tutela jurisdiccional constituye el rasgo esencial de la tutela jurisdiccional efectiva, de forma tal que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. Bajo ese marco, podemos excusar la grave omisión del constituyente consistente en no incorporar el rasgo de la “efectividad” del derecho a la tutela jurisdiccional, puesto que una tutela jurisdiccional que no es efectiva no es en realidad una verdadera tutela²³.

Sobre este particular, en la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional peruano expresó lo siguiente:

“A diferencia de los que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso “intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad”²⁴.

Pues bien, podemos concluir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la reafirmación del carácter instrumental del proceso, en tanto mecanismo de pacificación social. En esa línea, dicha efectividad abarca no sólo aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción del

²² *Ibidem*, p. 281.

²³ PRIORI POSADA, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 281.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC.

proceso sino que, primordialmente, se halla referida a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales²⁵.

III. EL DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Es en este contexto donde adquiere importancia el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Éste es uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico que garantiza que lo decidido en una sentencia se va a traducir del mundo del derecho a los hechos. El principio de efectividad se vincula, entonces, a una concepción entre el derecho sustancial y procesal, porque la tutela jurisdiccional es indispensable para la actuación del derecho sustancial²⁶.

Podemos afirmar entonces que una sentencia será efectiva cuando, luego de que la misma ha sido obtenida como consecuencia de un debido proceso, el mandato judicial que ella contiene se ve materializado en la realidad²⁷. Siendo ello así, es fácil advertir que la pretensión nunca queda satisfecha con la sentencia que declara si está es o no fundada, sino cuando lo ordenado en la

²⁵ Sentencia recaída en el Expediente 607-2009-PA/TC del 15 de marzo de 2010.

²⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit., p. 281. Este punto ha sido puesto de manifiesto incluso por el Tribunal Constitucional quien ha establecido lo siguiente: *¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia? No sería un debido proceso*". Sentencia N° 336 del 30 de enero de 1997 expedida por el Tribunal Constitucional publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 7 de marzo de 1997 acerca de la inconstitucionalidad de la Ley N° 26599.

²⁷ PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit., p. 80. Al respecto, el profesor Jesús Gonzáles Pérez ha expresado que *"la tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al Ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido"*. GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3era edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 337. En la misma línea, en la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano se ha expresado que *"el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y quepa parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido"*. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 015-2001-AI/TC y acumulados.

sentencia sea verdaderamente cumplido²⁸. Así, el principio de efectividad exige una auténtica concreción, no sólo con el pronunciamiento judicial que declara el derecho o impone la condena, sino mediante su efectivización o realización material que se logra mediante el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos²⁹.

Bajo este marco, el profesor Chamorro plantea que existen cuatro grados de efectividad, en las siguientes palabras:

- *“La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional;*
- *La efectividad del segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino sólo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico.*
- *La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.*

²⁸ *Ibidem*, p. 80. Al respecto, el profesor Carlos Alberto de Olivera ha señalado textualmente que *“en el plano del derecho procesal, la cuestión tiene que ver con la efectividad del instrumento procesal, tanto en términos de tiempo como de contenido de los pronunciamientos judiciales, con miras a lograr la justicia del caso concreto, y con observancia de las garantías del debido proceso legal”*. DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Del formalismo en el proceso civil*. Palestra, Lima, p. 156.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01797-2010-PA/TC.

- *La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada*³⁰.

Visto así, el principio de efectividad determina que las resoluciones judiciales tienen efectos obligatorios, y su grado de implicancia en el ámbito de la realidad, dependerá del tipo de sentencia de la que estemos hablando. En tal sentido, es preciso recordar que las sentencias pueden ser declarativas, constitutivas o de condena. Las declarativas solo reconocen una determinada situación o relación jurídica; las constitutivas, modifican, constituyen o extinguen una relación o situación jurídica; en cambio, las de condena disponen el cumplimiento de una determinada conducta a la parte demandada³¹.



³⁰ CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op. Cit. Bosch, Barcelona, 1994, p. 277-279.

³¹ PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit., p. 283.



I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DOBLE INSTANCIA

La doble instancia como institución no es de existencia reciente. De hecho, los distintos tipos de impugnación surgieron en Roma y, desde entonces, sus raíces han trascendido culturas y sistemas, adaptándose con y sin matices a distintos ordenamientos jurídicos. Se trata de una institución que ha transitado por una cautivadora evolución a través de la historia.

En Roma existían tres tipos de proceso: (i) el proceso per legis actionis; (ii) el proceso per formulas; y la (iii) cognitio extra ordinem. Los dos primeros comparten la rama privada del Derecho, mientras que el último³² tenía una fuerte influencia estatal³³.

En el proceso per legis actionis no existía ninguna posibilidad de impugnación porque eran las partes quienes habían elegido al iudex, razón por la cual debían someterse inexorablemente a lo decidido por este último. Similares consideraciones ocurrían con el proceso per formulas en el que la sentencia era también inapelable.

Tiempo más adelante aparecieron otros recursos: la revocatio in duplum y la restitutio in integrum. Mientras que en la primera se declaraban nulas las

32 La cognitio extra ordinem surgió durante el imperio y fue una de las raíces de muchos de los mecanismos de impugnación de hoy en día.

33 Sobre estos puntos, el profesor Priori ha tenido oportunidad de pronunciarse señalando que *“la impugnación ha recorrido por una interesante evolución a través de la historia. Ya solamente en el proceso romano la impugnación recorrió un interesante camino. Para entender ese camino debemos recordar que, durante su historia, el proceso romano presentó tres procesos distintos: el proceso per legis actionis, el proceso per formulas y la cognitio extra ordinem. Las dos primeras formas procesales integran lo que se conoce como el ordo iudicium privatorum, en el que prima el carácter privado del proceso. En el proceso per legis actionis la sentencia expedida por el iudex no tiene ninguna posibilidad de impugnación. La razón, según Petit y Vescovi, radicaba en el hecho que la sentencia era expedida por un Juez al que libremente han elegido las partes y a la cual tienen la obligación de someterse, pues ese es el acuerdo adoptado por las partes en la litiscontestatio”*. PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 408.

sentencias ante la denuncia de un vicio, en la segunda se eliminaba absolutamente todo lo que se había avanzado hasta el momento. Como bien anotaba Calamandrei, ninguno de estos dos recursos podía ser considerado como un verdadero medio impugnatorio³⁴.

Durante el Imperio Romano se reestructuraron las competencias judiciales y se creó una compleja jerarquía de órganos públicos que tenía en su vértice al Emperador. Se dio cabida entonces a una nueva organización judicial basada en una intensificación del Poder Judicial y en la concentración del poder del Emperador.

En este contexto, la *appellatio* (apelación) cumplía una auténtica función que consistía en corregir las injusticias en que pudiesen incurrir los juzgadores. Corrección que, cabe resaltar, estaba garantizada porque era el mismo Emperador quien corregía los errores. Y en tanto que en aquel entonces se creía en el origen divino del Emperador y, por ende, en su infalibilidad, no se contemplaba la posibilidad de que este último se equivoque.

Como no es difícil advertir, la apelación cumplía una función en el sistema jurídico romano³⁵. No solo “mitigaba” sino que “eliminaba” el riesgo de error judicial. Sin perjuicio de ello, no se debe perder de vista que la auténtica finalidad de la *appellatio* –antes que lograr la justicia en el caso concreto– era la concentración de poder del Emperador. La justicia del caso concreto no era

³⁴ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Volumen I. Oxford University Press, México, 2000, p. 26.

³⁵ Priori comentando a Calamandrei ha afirmado que “*la finalidad para la que, según Ulpiano, surgió la apelación, fue la de corregir la injusticia e ignorancia de los juzgadores (quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat); injusticia o ignorancia que era revisada o corregida, originariamente, por el propio Emperador, en un momento en el que, para concentrar mayor poder, deseaba tener también la función jurisdiccional y, quien, además, era el máximo soberano del Estado y tuvo, en un momento histórico determinado, el carácter divino. Él era quien revisaba. Posteriormente, fueron sus funcionarios*”. PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit., 2003, p. 409.

más que una consecuencia natural que se derivaba del origen divino del Emperador.

Resulta irónico que haya juristas que sostengan que la proposición de una sola instancia en el proceso civil peruano es una medida autoritaria y hasta arbitraria³⁶, cuando la historia revela nítidamente que esa era precisamente la función que cumplía la doble instancia en sus orígenes.

Las raíces romanas de la doble instancia y sus fundamentos debilitan los argumentos que pregonan y aclaman el sustento democrático de la doble instancia. Es más, estas raíces evidencian que en sus inicios la impugnación no era el vehículo más efectivo para evitar el ejercicio arbitrario de poder por parte del Juez sino, muy por el contrario, para ejercerlo.

Sin perjuicio de ello, hay quienes a pesar de ser conscientes de las raíces históricas de la doble instancia propugnan las mismas consideraciones, en las siguientes palabras:

“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.

(...)

³⁶ La profesora Ariano es partidaria acerca de este punto señala que “en realidad todas las impugnaciones (pero en particular la apelación), en tanto permiten llevar a conocimiento de un segundo juez lo resuelto por el primero, son una suerte de “garantía de las garantías”, en buena cuenta una garantía del debido proceso mismo, porque son el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte del juez a quo y, por el otro, para permitir corregir (lo antes posible) los errores del mismo”³⁶.

Como decíamos, en el Derecho, los conceptos o los institutos jurídicos son productos culturales, no son atemporales, no es suficiente analizar la viabilidad actual de un instituto jurídico considerando las razones que motivaron su origen.

La necesidad de contextualizar históricamente los argumentos, se advierte, por ejemplo, en COUTURE. Éste 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”³⁷.

Coincidimos con el autor en que la privación de la garantía del derecho de defensa sería un acto por demás arbitrario. En lo que no estamos de acuerdo es que éste sea un argumento que legitima la existencia de la doble instancia. De hecho, un ejercicio tan arbitrario como el desconocimiento absoluto de una garantía procesal, podría ser impugnado ante una Corte de Casación³⁸, recurso indispensable en ordenamientos jurídicos en que la predictibilidad se presentan como una verdadera exigencia para brindar seguridad jurídica³⁹. No obstante, ello será materia de discusión en un capítulo posterior.

37 A efectos de consolidar su postura, el autor comparte una serie de ejemplos a fin de explicar porque el Derecho es un producto cultural. Al respecto, señala que “*dada 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 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 Constitución*”. TUESTA SILVA, Wilder. *La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia*. Tesis para optar el título de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal, 2010, p. 20-21.

³⁸ Es siempre pertinente recordar que la Casación no es una tercera instancia.

³⁹ A éstos se les denomina técnicamente como el fin nomofiláctico y el unificador.

Claro que podemos preguntarnos cuál era la función que cumplía la primera instancia en Roma y nuestra respuesta contundentemente será que no cumplía una función. Las sentencias de primera instancia representaban por definición la falibilidad humana, decisiones que eran siempre revisadas por el Emperador en segunda instancia. Teniendo ello en cuenta, cabe preguntar: ¿no hubiese sido mejor prescindir de la primera instancia a fin de que los conflictos sean resueltos directamente por el Emperador? La respuesta afirmativa se impone.

Probablemente esta última hubiese sido una opción tentadora si es que la carga procesal no hubiese sido un problema. Sucede que todas las controversias eran apeladas, lo que generó que la carga procesal se incrementara significativamente. En tal sentido, el Emperador no encontró otra salida más que apoderar a algunos funcionarios estatales a fin de que resuelvan las apelaciones presentadas en su nombre en primer grado⁴⁰. Calamandrei describe esta situación en los siguientes términos:

*“A las antiguas magistraturas republicanas, sustituyó poco a poco una compleja jerarquía de funcionarios imperiales, subordinados entre sí en una escala de grados cada vez más restringidos, para culminar en el emperador, que reunía en sí la suma de todos los poderes; y por medio del desarrollo cada vez más de las *congitiones extra ordinem*, la decisión normal de las controversias civiles dejó de ser una atribución de clase de pueblo soberano personificado en el *unus iudex*, para convertirse en un oficio de todos los funcionarios dependientes del emperador. Teniendo*

⁴⁰ *Ibidem*, p. 405.

presente la relación de subordinación jerárquica que regulaba este gran organismo burocrático, y la identidad cualitativa de las funciones atribuidas a todos sus componentes, ex explica claramente la idea de la apelación”⁴¹.

Como se puede apreciar, la cantidad de apelaciones terminó por abrumar al Emperador, lo que resulta curioso porque es difícil pensar en una divinidad que resulte abrumada. Es más, el uso indiscriminado del recurso de apelación llegó a tal extremo que Justiniano se vio obligado a tomar medidas radicales llegando incluso a abolir al recurso de apelación. Sobre este particular, el profesor Priori ha señalado lo siguiente:

“La consolidación del poder Imperial, la creación de una gran estructura judicial y la difusión de la apelación generaron el abuso de ella, lo que llevó a Justiniano a prohibir apelar la sentencia de apelación y a sancionar a aquél litigante que había apelado y que había recibido una resolución que confirmaba la sentencia de primera instancia”⁴².

Como se puede observar, en el Imperio Romano la *appellatio* cumplía una función. En efecto, si bien en principio los juzgadores eran seres humanos y, por lo tanto, el riesgo del error estaba siempre latente, la revisión de estas decisiones era siempre realizada por el Emperador que tenía un origen divino y, en consecuencia, era infalible. La impugnación en Roma entonces cumplía una función.

⁴¹ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Volumen 1. Oxford University Press, México, 2000, p. 59.

⁴² PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit., 2003, p. 409.

La situación no varió significativamente en la Edad Media. Nos atreveríamos a decir que en todo caso, de existir cambios, estos fueron aún más perversos. Los reyes creaban recursos a ser interpuestos directamente ante ellos y, por otro lado, los señores feudales constituyeron sus propios tribunales. Se creó un conflicto de competencias entre Reyes y señores feudales. Ambos buscaban a toda costa incrementar su poder. Debe advertirse que coincidentemente por segunda vez la impugnación fue utilizada como una herramienta para concentrar el poder. En suma, durante la Edad Media, los recursos se multiplicaron y los procesos se dilataron⁴³.

Al respecto, el profesor Véscovi explica esta situación en los siguientes términos:

“Inclusive los jueces, propietarios de sus cargos, trataban de facilitar la interposición de los recursos, con lo que mejoraban sus rentas. No obstante, hay un perfeccionamiento técnico cuyas consecuencias nos llegan. Así se adoptó y perfeccionó el sistema romano de apelación de toda sentencia definitiva y, por excepción, de la interlocutoria que tuviese y perjudicara al vencido causándole daño irreparable, esto es, que no pudiera ser reparado por la apelación de la definitiva”⁴⁴.

43 Interesante comentarios realiza Priori anotando que “a medida que en la Edad Media aumenta el poder de los reyes, estos creaban recursos a ser interpuestos ante ellos, especialmente, en una etapa en la cual los señores feudales, crean sus propios tribunales. De esta forma, como los reyes no querían ver disminuido su poder creaban recursos que permitían que las decisiones expedidas por los fallos de los señores feudales sean revisados por ellos”. PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit., 2003, p. 409.

44 VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Depalma: Buenos Aires, 1988, p. 18.

Entonces la finalidad de la apelación estaba nuevamente alejada de la paz social en justicia. No solo era un mecanismo para concentrar el poder, sino también un asegurador de rentas. Como se puede observar, la multiplicación de los recursos era prácticamente un precepto de la Edad Antigua y la Edad Media. Frente a ello, vale la pena preguntarnos si la apelación en la Edad Antigua y en la Edad Media prestaba algún servicio a la efectividad, a la justicia y al derecho material.

En este contexto, podemos advertir que, desde una perspectiva histórica, la función de la impugnación no era buscar ni salvaguardar la paz social en justicia, sino muy por el contrario, concentrar el poder. De hecho, resulta irónico que en Roma las razones por las que se debía abolir la doble instancia, son ahora las razones por las que se debe preservar. Este necesario recuento histórico sirve para evidenciar que si bien la apelación en algún momento histórico cumplía una función, actualmente no cumple la función para la que está prevista en el proceso civil peruano.

II. ¿QUÉ ES LA DOBLE INSTANCIA?

En palabras de Marcial Rubio la pluralidad de instancia es un principio según el cual, siempre que hay una primera decisión jurisdiccional en un proceso, las partes deben tener derecho a pedir que otra instancia distinta y superior a la primera, revise el fallo⁴⁵.

⁴⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 81.

De igual manera, el profesor Solé Riera ha señalado que *“es principio consagrado en nuestro sistema jurídico el del doble instancia, entendido éste en el sentido de que todo juicio, salvo los casos exceptuados por la ley, debe poder pasar sucesivamente por el conocimiento de dos tribunales”*⁴⁶.

El profesor Giuseppe Chiovenda en relación a la naturaleza jurídica del principio de doble instancia, expresa que *“el principio del doble grado de jurisdicción, consiste en que todo juicio, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley, debe poder pasar sucesivamente por el conocimiento pleno de dos tribunales”*⁴⁷.

En efecto, en virtud del principio de doble instancia, los órganos jurisdiccionales, con poderes y límites específicamente determinados por el Derecho Procesal objetivo, pueden volver a examinar el producto de la actividad de los órganos jurisdiccionales de la primera instancia⁴⁸.

Visto así, no es difícil advertir que la doble instancia es una institución finalista que tiene por objeto corregir los errores en que han incurrido los Jueces de primera instancia. Se busca que el examen y la decisión de una controversia no queden terminados de una sola vez, sino que haya la posibilidad de que la actuación de la primera instancia sea revisada.

⁴⁶ SOLE RIERA, Jaume. *Recurso de apelación*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1998, p. 577.

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*. Oxford University Press, Mexico D.F., 2003.

⁴⁸ Teniendo en cuenta lo expuesto, en los puntos que siguen procederemos a resumir los apuntes, reflexiones y/o posiciones de diversos juristas en relación al principio de doble instancia o doble grado de jurisdicción.

En tal sentido, podemos definir a la doble instancia como el derecho de todo justiciable de acudir a una instancia⁴⁹ superior con el propósito de que el fallo de la primera instancia sea revisado y –dentro de lo posible– corregido⁵⁰. En ese sentido, todos los procesos deben pasar sucesivamente por el conocimiento de dos tribunales.

III. DOBLE INSTANCIA Y DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN

Las definiciones esbozadas en el punto anterior nos permiten comprender los principales rasgos que caracterizan a la doble instancia en sentido lato. Sin embargo, consideramos que plantear una definición sin pincelar las diferencias entre doble instancia y doble grado de jurisdicción, no nos permitiría comprender a cabalidad los verdaderos alcances de esta institución. Después de todo, la doble instancia y el doble grado de jurisdicción tienen marcadas diferencias conceptuales.

Esta clasificación conceptual no es vano. De hecho, tiene importantes repercusiones prácticas. Esta institución ha sido recogida como principio constitucional en muchos sistemas jurídicos con distintos matices. En algunos ordenamientos jurídicos se ha recogido la doble instancia, en otros el doble

⁴⁹ Para efectos del presente trabajo, se entiende por “instancia” a “cada uno de los grados del proceso, o, en sentido amplio, al conjunto de actuaciones que integran la fase del proceso surtida ante un determinado funcionario y a la cual le pone fin mediante una providencia en la cual decide el fondo del asunto sometido a su consideración. La instancia se caracteriza porque, de una parte, comprende toda la fase, grado o actuación del proceso efectuada por un funcionario judicial, y, de otra, por corresponderle decidir en forma amplia sobre el fondo de la cuestión debatida. Se habla de primera instancia para referirse a la comprendida desde que se inicia el proceso hasta cuando se profiere la correspondiente sentencia. La segunda surge ante el superior jerárquico en virtud del recurso de apelación y va desde que este se admite hasta que se decide mediante la correspondiente sentencia. En una y otra sentencia, esto es, tanto la que decide la primera como la segunda instancia, el juzgador goza de autonomía para decidir en el marco señalado o establecido por la ley”. En: <http://principiosdelprocesocivil.es.tl/Principio-de-Doble-Instancia.htm>, (Consulta: 22/10/2012).

⁵⁰ Se ha dicho también que la impugnación “es una emanación del derecho de acción, o una parte de este. También se ha dicho que entre la acción y el medio impugnativo (recurso) existe una relación del todo a la parte”. IBAÑEZ FROCHAM, Citado por: VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 13.

grado de jurisdicción y en otros se han encontrado fórmulas intermedias. Teniendo ello en cuenta, resulta muy relevante pincelar sus principales diferencias para luego terminar por analizar cuál ha sido la opción acogida en el proceso civil peruano.

Pues bien, a efectos de enumerar las principales diferencias conceptuales que pueden encontrarse detrás de esta institución, cabe preguntar lo siguiente: ¿la doble instancia importa un nuevo examen o constituye un nuevo juicio? Pues bien, a efectos de responder a dicha interrogante, debemos señalar que mientras el doble grado de jurisdicción responde a un sistema de apelación plena, la doble instancia responde a un sistema de apelación limitada. ¿Qué quiere decir esto? Bajo el sistema del doble grado de jurisdicción las partes no tienen limitación alguna para proponer ante el grado superior pretensiones o defensas que no se hubieren alegado en el grado inferior ni tampoco para presentar nuevo material probatorio⁵¹. En este sistema, las partes tienen la facultad de ejercer el denominado *ius novorum*, que consiste en la posibilidad de renovar la discusión realizada en primera instancia.

Como contrapartida al doble grado de jurisdicción encontramos a la doble instancia que tiene un alcance mucho más restringido. De acuerdo a la doble instancia, la apelación no puede ser un nuevo juicio seguido ante la segunda instancia, sino más bien debe concebirse como la continuación del proceso desarrollado en la primera instancia. Bajo ese orden de ideas, las partes no están facultadas para formular nuevas pretensiones ni alegar nuevos hechos ni

⁵¹ BALBONTÍN RETAMALES, Alberto. *El régimen probatorio en el recurso de apelación civil*. Editorial Chile, p. 97.

menos aun aportar nuevas pruebas que no se hubieran ofrecido en la primera instancia⁵².

Como es evidente, la preclusión cobra en esta última alternativa una gran relevancia, puesto que los vocales solo revisan la resolución apelada. Bajo esta alternativa no se reiteran los trámites ya actuados, sino que tienen lugar otros distintos orientados única y exclusivamente a comprobar la exactitud o inexactitud del resultado al que llegó el Juez de primera instancia⁵³.

Sobre este particular, el profesor Alsina ha señalado expresamente lo siguiente:

“Es discutida en doctrina la naturaleza jurídica de este recurso. ¿importa un nuevo examen o constituye un nuevo juicio? El distingo tiene importancia, porque, en el primer caso, el material sobre el cual debe trabajar el tribunal de apelación es nada más que el acumulado en la primera instancia, en tanto que en el segundo pueden aducirse nuevas defensas y ofrecerse nuevas pruebas⁵⁴”.

Por su parte, Quintero y Prieto se han pronunciado de la siguiente manera:

⁵² BALBONTÍN RETAMALES, Alberto. *El régimen probatorio en el recurso de apelación civil*. Editorial Chile, p. 98.

⁵³ RIVAROLA REISZ, José Domingo. *Ius Novorum: apelación y reenvío excepcional por nueva prueba*. En: Libro de Ponencia del Tercer Congreso Internacional Proceso y Constitución. Las garantías de un proceso justo, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 401.

⁵⁴ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV, segunda edición, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1961, p. 207. El profesor Alsina continúa señalando que en su opinión “no es nada más que un doble examen, pues el tribunal de apelación solo puede fallar sobre lo que es materia del recurso. Eso no quiere decir que el juez esté subordinado al tribunal, ni esté vinculado al pronunciamiento del inferior, porque (...) el tribunal de apelación extiende su examen a los hechos y al derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción. Tampoco impide que excepcionalmente puedan proponerse nuevas defensas (...), hechos nuevos (posteriores al auto de prueba de primera instancia, o anteriores, pero desconocidos), ni que se produzca prueba respecto de hechos alegados en la primera instancia, cuya prueba no se realizó sin culpa de las partes”. Al respecto, el profesor Rosenberg explica la finalidad que cumple el doble grado de jurisdicción, señalando que “la finalidad del recurso de apelación es alcanzar no sólo la rectificación de los errores del tribunal inferior, sino el logro de una resolución de la controversia totalmente nueva, mediante la renovación del juicio (...)”. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955, p. 351.

“Hay dos maneras de concebir el recurso de apelación. Una, la llamada concepción renovadora, si el objeto de la cognición del juez de segundo grado es directamente el litigio, la pretensión y su resistencia, los extremos litigiosos ya decididos por el juez a quo, y no solamente la providencia proferida. El control de la decisión apelada es apenas un modo de proceder al nuevo examen de la controversia. La providencia que se profiera en apelación será la nueva decisión de la litis que absorberá y sustituirá, en todo caso, la de primer grado.

La otra manera es la concepción revisora que tan solo examina la providencia apelada. Es pues el control del acto jurisdiccional que se materializa en la respectiva providencia, sin que se admita nada nuevo o diverso a los circunstancialmente existente cuando profirió la providencia”⁵⁵.

De igual manera, el profesor Guasp ha señalado lo siguiente:

“Primeramente, puede concebirse a la apelación “como una renovación del proceso primitivo anterior, una repetición sustancial de sus trámites, una reiteración de lo tramitado hasta llegar a la resolución de la que se recurre. En segundo lugar, (...) se puede concebir a la apelación no como una repetición del proceso anterior, sino como una revisión de éste, es decir, como una depuración de sus resultados por métodos autónomos

⁵⁵ QUINTERO, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del proceso*. Tomo II, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 273.

*que llevan, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una revisio prioris instantiae*⁵⁶.

En definitiva, podemos concluir que mientras bajo el sistema de doble instancia se revisa lo actuado en primera instancia, bajo el sistema del doble grado de jurisdicción se renueva el proceso en segundo grado. En ese sentido, mientras que en el primero únicamente se revisa lo actuado en primera instancia, en el segundo se rehacen nuevamente los actos procesales.

En otras palabras, puede advertirse que mientras que la doble instancia implica un nuevo examen, el doble grado de jurisdicción importa un nuevo juicio. El distingo es por demás relevante, puesto que dependiendo de cuál concepción sea adoptada, se podrá determinar si se pueden introducir nuevas pretensiones, aducir nuevas defensas o presentar nuevos medios probatorios.

En conclusión, podemos pincelar las diferencias señalando que mientras la

⁵⁶ GUASP, Citado por: LOUTAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Tomo 1, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 62-63. De igual manera, en la misma línea argumentativa, el profesor Guasp se ha pronunciado señalando que *“en cuanto a la determinación de la naturaleza del recurso, existen dos maneras de concebirlo, íntimamente enlazadas con su configuración como proceso autónomo o proceso dependiente. Primeramente, puede concebirse a la apelación “como una renovación del proceso primitivo anterior, una repetición sustancial de sus trámites, una reiteración de lo tramitado hasta llegar a la resolución de la que se recurre: para decirlo con terminología del derecho común, un novum iudicium, esto es, un nuevo proceso, expresión, sin embargo, equívoca, porque lo que se quiere afirmar de la apelación, en esta concepción, no tanto es que es un proceso nuevo como que es la renovación del mismo proceso antiguo, hecha en términos sustancialmente no diferenciados; esta concepción del novum iudicium (...) lleva consigo la identificación máxima entre proceso recurrido y recurso, con consecuencias trascendentales respecto de las instrucción y ordenamiento del proceso de apelación en relación con el litigio de donde parte. En segundo lugar, (...) se puede concebir a la apelación no como una repetición del proceso anterior, sino como una revisión de éste, es decir, como una depuración de sus resultados por métodos autónomos que llevan, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una revisio prioris instantiae; es decir que para esta concepción en la apelación no se reitera los trámites del proceso principal, sino que se siguen otros distintos, que tienen por objeto comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario; (...) para la concepción revisora, la referencia a los trámites del proceso primitivo no es una pauta obligada, y solamente se tiene a la vista el resultado que se trata precisamente de revisar; por ello en materia de instrucción y ordenación procesales, no hay aquí identificación sino diferenciación, del proceso recurrido y del recurso. (...) De estas dos concepciones, es superior la segunda, es decir, la revisión sobre la meramente renovadora; la renovación del proceso no justifica la apelación, cosa que, sin embargo, sí hace la revisión del proceso; y esto se observa especialmente en materia de prueba en segunda instancia debe ser admitida casi sin limitaciones, por lo mismo que se admite en el primer grado; para la idea de la apelación como revisión, la prueba en segunda instancia no es admisible salvo excepciones, pues no se trata de modificar los datos de la primera instancia, sino de vigilar el acierto o la equivocación con que hayan podido ser enjuiciados”* GUASP, Citado por: LOUTAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Tomo 1, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 62-63.

doble instancia cumple una función revisora, el doble grado jurisdicción cumple una función renovadora.

En nuestro ordenamiento jurídico, entre las dos alternativas planteadas, se ha escogido el mal menor. Con mucha suerte, nos hemos distanciado del principio del doble grado de jurisdicción que se consagró en el Código Procesal Civil de 1912. Este Código permitía un *ius novorum* bastante amplio. En efecto, el artículo 1103 del Código Procesal Civil de 1912 habilitaba que en el segundo grado del proceso, en cualquier momento anterior a que se pidiera “autor para sentencia”, las partes pudieran deducir excepciones no alegadas en primera instancia, y pedir que sobre ellas se recibiera la causa a prueba cuando alegasen algún hecho nuevo (y “nuevo” significaba simplemente no alegado en primera instancia)⁵⁷.

En el actual Código Procesal Civil se ha regulado una apelación bastante limitada. Al respecto, el artículo 356 del Código Procesal Civil ha expresado que *“los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado”*.

Al respecto, la profesora Ariano ha expresado lo siguiente:

“Nuestra legislador (por lo que atañe a las sentencias, como acto que pone fin a la instancia”, artículo 121 tercer párrafo CPC) ha establecido

⁵⁷ ARIANO DEHO, Eugenia. *Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 398.

una apelación que promueve una “segunda instancia” bastante limitada, pues en línea de principio solo busca la “revisión” de la resolución de primer grado (artículo 364 CPC) y no una “renovación” de la entera res in iudicio deducta ante el segundo juez. O sea, quiso consagrar una apelación promotora de una mera “revisio prioris instantiae”, con exclusión, en principio, de cualquier nueva alegación y nuevo material probatorio”⁵⁸.

Como se puede apreciar, en nuestro Código Procesal Civil la fase apelatoria se circunscribe al examen de los resultados de la primera instancia y no se renueva el proceso. No se produce la reiteración de los trámites de la primera instancia, pues únicamente se desarrollan otras actuaciones claramente diferenciadas de las acontecidas en la primera instancia destinadas única y exclusivamente a verificar la legalidad de la resolución apelada⁵⁹.

Para efectos de la presente tesis, dejaremos prácticamente de lado el doble grado de jurisdicción y nos centraremos en la doble instancia que es la alternativa que ha sido acogida en nuestro sistema jurídico.

IV. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

⁵⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. *Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 402.

⁵⁹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El recurso de apelación*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 7.

En nuestro sistema jurídico, el derecho a la doble instancia tiene rango constitucional al encontrarse reconocido en la Constitución⁶⁰. Al respecto, el artículo 139 inciso 6) de la Constitución señala expresamente lo siguiente:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

6. La pluralidad de instancia

Por otra parte, el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil expresa textualmente lo siguiente:

Artículo X.- El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

De igual manera, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece lo siguiente:

“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”.

⁶⁰ En relación al reconocimiento constitucional de la doble instancia, la profesora Ariano ha expresado que “cuando se habla de impugnaciones y del debido proceso, el pensamiento discurre inmediatamente hacia aquella disposición de la Constitución de 1993 que reconoce como un “derecho” (del justiciable, se entiende, pese a su colocación sistemática) el de la “pluralidad de instancia” (artículo 139, inciso 6), o sea se piensa inmediatamente en que el proceso, por tal disposición constitucional, no puede desenvolverse a instancia única, vale decir ante un único juez, sino que pueda ser “prolongado” ante otro, a la sazón “superior””. ARIANO DEHO, Eugenia. *Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 396.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido esencial del principio de doble instancia en el caso Fujimori. Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución señaló lo siguiente:

“Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental 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, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”⁶¹.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia de la República ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido del principio de doble instancia en reiteradas oportunidades⁶². A manera de ejemplo, en la Casación N° 182-2004, la Corte Suprema estableció lo siguiente:

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4235-2010/HC en los seguidos por César Augusto Nakasaki Servigón.

⁶² Fiel ejemplo de ello constituye la Casación N° 215-2005/Lima en la que se expresó que “el principio de la doble instancia consagrado en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil, está referido a la instancia plural a través de la cual se obtiene mayor seguridad jurídica con el control que ejercen los diferentes órganos jurisdiccionales, viene a ser una garantía que se logra con la fiscalización de los actos procesales impugnados que lleva a cabo el órgano jerárquicamente Superior, el mismo que se pronuncia sobre su validez o invalidez, confirmando o revocando lo resuelto por el órgano de menor jerarquía” (Casación N° 215-2005/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de julio de 2007, p. 20091-20092). En la misma línea se encuentra la Casación N° 2541-2007 que expresa que “el derecho a la doble instancia, previsto en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, constituye una de las garantías del debido proceso y se hace efectivo con el pronunciamiento del órgano superior sobre la resolución que es objeto de impugnación, con la finalidad que la decisión cuyo error se denuncia, sea analizada nuevamente por un colegiado especializado” (Casación N° 2541-2007/Ayacucho, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2 de septiembre de 2008, p. 22778). Por otra parte, en la Casación N° 182-2004 se señaló que “al haberse denegado el recurso de apelación que es materia de análisis, pese a que éste ha sido ejercido conforme a los preceptos del Código Procesal Civil, se ha vulnerado el principio de la instancia plural, y con ello se ha recortado el derecho de defensa” (Casación N° 182-2004/Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de agosto de 2005, p. 14411-14412). En el mismo orden de ideas, en la Casación N° 2447-2006 se expresó que “la recurrida analiza los errores de hecho y derecho expuestos en la mencionada apelación así como todo el proceso conforme a su facultad ex novo, constituyendo ello garantía del derecho a la doble instancia” (Casación N° 2447-2006/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2007, p. 20890). De igual manera, en la Casación N° 2800-00 la Corte Suprema precisó que “el juez se pronunció sobre la improcedencia de la demanda, sin embargo, en Colegiado, al declararla fundada, ha emitido pronunciamiento sobre el fondo de la controversia materia de autos,

“Una de las garantías constitucionales más importantes es la de la “pluralidad de instancia”, la cual es un derecho público –subjetivo, inscrito dentro del principio de la libertad de la impugnación; mediante el cual el interesado puede cuestionar una sentencia o un auto dentro del propio organismo que administra justicia. Para que el derecho a la instancia plural se encuentre cumplido bastan dos decisiones judiciales expedidas en un mismo procedimiento por autoridades judiciales de diferente jerarquía. Este principio constitucional ha sido reconocido como principio general del Derecho Procesal Civil, en el artículo décimo del Título Preliminar del Código Adjetivo, que establece: “el proceso tiene dos instancias”⁶³.

Como se puede apreciar, en nuestro sistema jurídico, la doble instancia es un principio consagrado tanto en el plano constitucional como el legal, lo que ha sido reafirmado innumerables veces por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República⁶⁴.

violando el principio de instancia plural consagrado en el inciso sexto del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, porque al no constituir las Salas Casatorias de la Corte Suprema, instancias de mérito sólo existiría, en el presente caso, una instancia judicial que se habría pronunciado sobre el fondo de la controversia” (Casación N° 2800-00/Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de abril de 2001, p. 7217). Por otro lado, en la Casación N° 615-2008/Arequipa la Corte Suprema afirmó que “la Sala Superior que ha revocado la sentencia apelada que declaró improcedente la demanda y reformándola la declaró infundada, no ha tenido en cuenta que la resolución de primera instancia fue una sentencia inhibitoria, que no se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia, esto es no ha efectuado un análisis de los hechos y pruebas aportados al proceso, los cuales le permitan establecer fehacientemente si la pretensión formulada por la demandante merece ser amparada; por tanto el Órgano Superior al emitir pronunciamiento revocando la sentencia de primera instancia ha vulnerado el derecho a la pluralidad de instancias consagrado por el artículo 139 inciso 6) de la Constitución Política del Estado; motivo por el cual debe ordenarse expresamente que sea el Juez de primera instancia el cual emita nuevo pronunciamiento respecto al fondo de la controversia; configurándose la afectación al debido proceso” (Casación N° 615-2008/Arequipa, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 01 de diciembre de 2008, p. 23300-23301. Finalmente, en la Casación N° 3692-00/La Libertad se expresó que “el Colegiado al haber fundado su decisión jurisdiccional en hechos no alegados por las partes ha transgredido el principio de congruencia procesal, y al haber sido la única instancia en haberse pronunciado sobre tal situación ha dejado en indefensión a las parte accionante violando el principio de instancia plural” (Casación N° 3692-00/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de julio de 2001, p. 7455.

⁶³ Casación N° 182-2004/Cajamarca publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de agosto de 2005, p. 14411-14412.

⁶⁴ En la misma línea, en la Casación N° 185-2004, la Corte Suprema expresó que “el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado vigente, concordante con el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consagran el derecho a la pluralidad de instancias, el cual constituye una de las garantías del debido proceso y se materializa cuando el justiciable tiene la posibilidad de poder impugnar una decisión judicial, ante un

Visto así, podemos apreciar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el proceso civil se divide en dos instancias. En este sentido, nuestra Constitución Política atribuye competencia a un órgano jurisdiccional para que dirima el conflicto en primera instancia, y a otro órgano la función de revisar el fallo en segunda instancia.

V. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

En el plano internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos –más conocida como Pacto de San José– establece en su artículo 8 inciso 2), literal h)⁶⁵ lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

órgano jurisdiccional de mayor jerarquía y con facultades de dejar sin efecto, lo originalmente dispuesto, tanto en la forma como en el fondo; por lo tanto constituye un derecho público-subjetivo incorporado dentro del principio de la libertad de impugnación. Que, para que el derecho a la instancia plural se cumpla, bastan dos decisiones judiciales expedidas en un mismo proceso por órganos jurisdiccionales de diferente jerarquía". Casación N° 185-2004/Lima publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de agosto de 2006, p. 16953. De igual manera, en la Casación N° 420-2006/Tumbes, la Corte Suprema se pronunció señalando que "uno de los principios y derechos de la administración de justicia lo constituye la pluralidad de instancia, previsto en el artículo 139 inciso 6 de la Constitución Política del Estado. El derecho a la pluralidad de instancias es una garantía consustancial del derecho al debido proceso jurisdiccional. Mediante dicho derecho se persigue que lo resuelto por el juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera permitir que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional. La exigencia constitucional de establecerse funcional y orgánicamente una doble instancia de resolución de conflictos jurisdiccionales está directamente conectada con los alcances que el pronunciamiento emitido por la última instancia legalmente establecida es capaz de adquirir: la inmutabilidad de la cosa juzgada". Casación N° 420-2006/Tumbes, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de mayo de 2007, p. 19568-19569.

⁶⁵ Tratado de Derechos Humanos, Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo 14 literal 5) señala lo siguiente:

5. 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.

En ese sentido, el profesor Giovanni Priori se ha pronunciado en las siguientes palabras:

“Para el Pacto de San José, el derecho al doble grado de jurisdicción se predica solamente respecto del proceso penal y contra las sentencias que imponga una pena al procesado. Ese es el contenido que le da dicho tratado internacional al doble grado de jurisdicción, con lo cual, resulta obvio que para el referido instrumento el derecho al doble grado de jurisdicción no es un derecho que se predique respecto de todos los procesos ni respecto de todas las resoluciones. Siendo ello así, por ejemplo, una norma que establezca la inapelabilidad de una resolución dictada en un proceso civil, incluso la sentencia, es una norma que no contrariaría lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas”⁶⁶.

⁶⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 414.

Mención aparte merecen la Convención Europea de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos que no mencionan el derecho a la doble instancia en su articulado. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 55/97 (Abella y Otros vs. Argentina) expresó lo siguiente:

“Es importante destacar que la Convención American, a diferencia de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra el derecho de apelación”.

Como se puede observar, los Tratados Internacionales son consistentes al reconocer el derecho a la pluralidad de instancia, pero reduciendo su aplicación únicamente al ámbito penal, no siendo extensiva dicha regulación a los procesos civiles, laborales, contenciosos administrativos y otros. Por lo tanto, con la excepción del Derecho Penal, en el Derecho Internacional la doble instancia no tiene la condición de derecho fundamental.

VI. DIFERENCIA ENTRE DOBLE INSTANCIA Y RECURSO DE APELACIÓN

En nuestra opinión, la doble instancia no es más ni menos que la expresión constitucional del recurso de apelación. En otras palabras, el recurso de apelación es el acto procesal por medio del cual se concretiza la doble instancia⁶⁷.

⁶⁷ No obstante, es pertinente resaltar que existen autores que se oponen a la equivalencia entre la doble instancia y el recurso de apelación. Al respecto, el profesor Satta ha señalado textualmente que *“la apelación misma se ha visto*

Al respecto, el profesor Mattiolo ha expresado que *“la institución de la apelación responde al principio fundamental del doble grado de jurisdicción, por el que la causa que no está definitivamente terminada con la sentencia del primer juez, sino que a instancia de la parte condenada, debe recorrer un segundo estadio y sufrir un nuevo examen”*⁶⁸.

De igual manera, el profesor Micheli ha expresado que *“con la apelación se realiza la posibilidad de que la materia entera de la controversia sea sometida, tanto respecto de cuestiones de hecho como de derecho, a un doble examen por parte de dos jueces diferentes; es el principio de doble instancia que constituye una garantía para las partes litigantes”*⁶⁹.

Adicionalmente, Vescovi ha señalado que *“la apelación es una consecuencia del principio del doble grado que se considera una garantía esencial para el justiciable”*⁷⁰.

En ese sentido, si quisiésemos practicar una definición desde el plano constitucional, tendríamos que expresar que el recurso de apelación es el acto procesal mediante el cual se materializa el principio de doble instancia.

VII. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

como la expresión y la concreción del principio del doble grado de jurisdicción. Eso no es exacto, porque el doble grado no es un instituto positivo, sino que es una elaboración teórica consiguiente al análisis de la apelación”.

⁶⁸ MATTILOLO, Luis. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Tomo II, La España Moderna, Madrid, p. 40.

⁶⁹ MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil*. Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, p. 306-307.

⁷⁰ VÉSCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 523.

El recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico

El recurso de apelación es el acto procesal de impugnación mediante el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial entendida como injusta, solicita de un órgano jerárquicamente superior al que la dictó, la deje sin efecto o la modifique, total o parcialmente⁷¹.

Al respecto, el profesor Chioventa ha expresado que *“en virtud de la apelación, la causa fallada por el juez inferior es traída al juez superior. Éste tiene el mismo conocimiento pleno del negocio que el primer juez; esto es; examina la causa desde todos los aspectos que pudieron ser objeto de examen por parte del primero”*⁷².

En nuestro sistema jurídico el recurso de apelación se encuentra normado en el artículo 364 del Código Procesal Civil que expresa lo siguiente:

Artículo 364.- El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Por su parte, el artículo 366 del Código Procesal Civil describe la fundamentación del agravio, en las siguientes palabras:

⁷¹ KIELMANOVICH, Jorge. *Recurso de apelación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 25.

⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*. Oxford University Press, México D.F., 2003, p. 523. Asimismo, en palabras de Devis Echandía por apelación se entiende el recurso ante el superior para que revise la providencia del superior y corrija sus errores. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 637.

Artículo 366.- El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria.

Como se puede apreciar, en términos simples, la apelación constituye un recurso planteado por el sujeto procesal que estima sufrir agravio con una resolución judicial que adolece de vicio o error, y dirigido a lograr que el órgano jurisdiccional superior en grado al que la expidió la examine y proceda a anularla o revocarla⁷³.

La diferencia entre la apelación y la impugnación

El recurso de apelación no es más que una especie del género impugnación. No podría ser de otra manera, puesto que mediante el recurso de apelación se impugna la validez de una resolución, es decir, se le priva de eficacia⁷⁴, Así, al igual que la reposición⁷⁵; la queja⁷⁶ y la casación⁷⁷, el recurso de apelación es un medio impugnatorio.

⁷³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El recurso de apelación*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 7.

⁷⁴ Sobre el particular, se ha señalado que "los actos del proceso tienen una finalidad u objetivo (fines) y se desarrollan conforme a reglas predeterminadas (formas). El incumplimiento de las formas y en especial el de los fines, origina la actividad impugnativa que tiene por objetivo corregir esos errores o defectos. Si los actos son irregulares o injustos (es decir, anormales) se habrá desviado la finalidad común, mostrando un vicio que se traducirá en injusticia o ilegalidad: incorrección o defectuosidad en el actuar procesal. Ello va a determinar la producción y regulación de otra serie de actos procesales tendientes al saneamiento de aquéllos. Se trata de previsiones sanatorias o correctivas. Y cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia del acto cumplido, hacen valer un poder de impugnación". VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Depalma: Buenos Aires, 1988, p. 18.

⁷⁵ Las normas aplicables a la reposición son los artículos 362 y 363 del Código Procesal Civil. Estos artículos señalan expresamente lo siguiente: artículo 362.- El recurso de reposición procede contra los decretos a fin de que el Juez los revoque; artículo 363.- El plazo para interponerlo es de tres días, contado desde la notificación de la resolución. Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es notoriamente inadmisibles o improcedente, lo declarará así sin necesidad de trámite. De considerarlo necesario, el Juez conferirá traslado por tres días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella. Si la resolución impugnada se expidiera en una audiencia, el recurso debe ser interpuesto verbalmente y se resuelve de inmediato, previo traslado a la parte contraria o en su rebeldía. El auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnables

⁷⁶ La norma que delimita el recurso de queja es el artículo 401 del Código Procesal Civil que señala expresamente lo siguiente: Artículo 401.- Objeto: el recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara

Al respecto, los profesores Rivarola y Mendoza han expresado lo siguiente:

“El recurso de apelación es el medio impugnatorio ordinario por excelencia, el cual tiene por finalidad corregir cualquier error que pudiese haber cometido el juez de primera instancia en la apreciación de los hechos, y que es expresión del derecho a la impugnación”⁷⁸.

Por su parte, el profesor Vescovi se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Tradicionalmente, al menos en el sistema iberoamericano, se habla de recurso, como medio impugnativo. En realidad, aquél es sólo uno de los distintos medios, aunque el más importante. Como dice Devis Echandía, la impugnación es el género; el recurso de apelación, la especie”⁷⁹.

El objeto de la apelación

El fundamento de la doble instancia es el error, es decir, la posibilidad de que los jueces se equivoquen. En ese sentido, podemos advertir que la apelación

inadmisibles o improcedentes un recurso de apelación. También procede contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado.”

⁷⁷ Las principales normas que delimitan a la casación son los artículos 384 y 385 del Código Procesal Civil. Estas normas señalan expresamente lo siguiente: artículo 384.- Fines de la casación.- el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. Artículo 386.- Causales.- El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

⁷⁸ RIVAROLA REISZ, José Domingo. *Ius Novorum: apelación y reenvío excepcional por nueva prueba*. En: Libro de Ponencia del Tercer Congreso Internacional Proceso y Constitución. Las garantías de un proceso justo, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 401.

⁷⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones de Derecho Procesal Civil*. En: VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica. Desalma, Buenos Aires, 1988, p. 336. De igual manera, el profesor Vescovi ha señalado que *“la impugnación aparece así como medio de garantizar la regularidad de la producción normativa, y referida al fallo se traduce, normalmente, en el recurso, el principal medio impugnativo”*.

se perfila como una institución finalista destinada a mitigar y, en la medida de lo posible, eliminar el riesgo de error judicial.

Ahora bien, existen dos tipos de error: el error *in iudicando* y el error *in procedendo*. Mientras que los errores *in iudicando* se denuncian cuando se advierte un error en los hechos o el derecho, los errores *in procedendo* se denuncian cuando se advierte una irregularidad en un acto procesal⁸⁰.

El distingo es por demás relevante porque dependiendo del tipo de error advertido (*in procedendo* o *in iudicando*) se formulará la pretensión impugnatoria. Así, cuando el error denunciado sea *in iudicando* la pretensión impugnatoria será revocatoria, mientras que cuando el error denunciado sea *in procedendo*, la pretensión impugnatoria será nulificante.

VIII. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: DEFENSORES Y DETRACTORES

Resulta un tema que plantea discusiones desde muy antiguo el de si, en materia de recursos, debe haber una o dos instancias, esto es, si resulta imprescindible la consagración de la doble instancia como principio constitucional para apuntalar una tutela jurisdiccional efectiva⁸¹.

⁸⁰ Como se establece claramente en la legislación española, mientras que los errores *in procedendo* son infracciones en las formas, los errores *in iudicando* son infracciones en el fondo. En pocas palabras, mientras los primeros son errores en el procedimiento; los segundos, errores en el juzgamiento.

⁸¹ Sobre este punto, Vescovi señalaba que “*resulta un tema que plantea discusiones desde muy antiguo el de si, en materia de recursos, debe haber una o dos instancias, esto es, si resulta imprescindible (para algunos de Derecho natural) la posibilidad de recurrir ante un órgano superior, que es quien tiene la última palabra para decidir el juicio. Se trata, en definitiva, de si se concede recurso o no, si resulta de principio el doble grado de jurisdicción. La discusión se renovó con motivo de la Revolución Francesa, donde, luego de un intento de suprimir la segunda instancia, la opinión mayoritaria se volcó por la tesis contraria, considerando como principio fundamental el de la apelación, al punto de haberse incluido luego como garantía en algunas constituciones, lo cual no deja de ser uno de los principios que ha llegado hasta nuestros días, con ciertas limitaciones*”. VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 25. Como se puede apreciar, el debate entre la unidad y pluralidad de instancias es de antaño y ha sido hartamente discutido.

Son muchos los defensores de la doble instancia. Entre ellos resalta, por ejemplo, Chiovenda, considerado por muchos como el padre del Derecho Procesal, quien señala al respecto que *“el doble grado, en la intención del legislador, representa una garantía de los ciudadanos en tres aspectos: a) en cuanto que un juicio reiterado hace, ya por sí, posible la corrección de los errores; b) en cuanto que dos juicios se confían a jueces distintos, c) en cuanto que el segundo aparece con más autoridad que el primero. El conocimiento del segundo grado se atribuye, por regla general, al órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, que acostumbra a ser un órgano colegiado”*⁸².

Sin embargo, a los defensores de la doble instancia se enfrentan los detractores de la misma. Éstos se preguntan si la doble instancia se presenta como una auténtica garantía de corrección de los errores o arbitrariedades. Señalan enfáticamente que los vocales de segundo grado son seres humanos, por lo cual tienen tantas posibilidades de equivocarse como el Juez de primer grado.

Al respecto, el profesor Priori ha afirmando que *“las razones que se invocan como sustento de esta propuesta son la eliminación del riesgo de error judicial, pues si se ha expedido un fallo errado en el primer grado, este puede ser corregido en el segundo, olvidando que aquel que revisa es también tan humano como el de primer grado, con lo que es posible (como ocurre a veces)*

⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. Citado por: SOLÉ RIERA, Jaume. *Recurso de apelación*. En: Revista peruana de derecho procesal N° 2, p. 577. Por otra parte, Solé entiende a la impugnación como *“aquel acto de la parte que, viéndose perjudicada por una decisión surgida del órgano jurisdiccional, que le causa un gravamen o perjuicio, pretende su anulación o rescisión”*.

*que el de primer grado haya expedido una sentencia correcta y justa y el de segundo grado sea el que comete el error*⁸³.

En realidad, las posiciones que defienden y critican la doble instancia, respectivamente, se encuentran repartidas. En el ordenamiento jurídico peruano, el profesor Juan Monroy, hace aproximadamente dos décadas, señaló lo siguiente:

“Así, tenemos que en la Constitución vigente se hace referencia –con calidad de garantía de la administración de justicia a la instancia plural. Esta frase, de dudoso significado, ha sido entendida unánimemente como que contiene la exigencia que todo proceso debe tener más de una instancia.

Sin embargo, conviene precisar 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. Pero, sobre todo, es bueno recordar que se trata de un principio que a la luz del proceso contemporáneo, ha sufrido muchos embates.

Así, son muchos los países en los que la necesidad de enfrentar una demanda masiva del servicio de justicia, especialmente a niveles patrimoniales poco considerables, ha determinado la regulación de vías

⁸³ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 408.

*procedimentales en donde el proceso se tramita en una sola y definitiva instancia*⁸⁴.

Por otra parte, en un debate más reciente, los profesores Eugenia Ariano y Giovanni Priori mostraron posturas encontradas y expusieron las razones para defender y detractor a la doble instancia, respectivamente⁸⁵.

Al respecto, la profesora Ariano, defensora a ultranza del derecho a impugnar, afirmó lo siguiente:

“No se bien a qué respondan realmente estas instancias en pro de la limitación de las impugnaciones existentes –se oye decir que es para hacer el proceso más rápido y, como consecuencia, eficaz–, pero por lo que a mí respecta no me cabe duda alguna que, si es que realmente tenemos alguna sensibilidad por el debido proceso, ella resultan ser imprescindibles, pues contrariamente a lo que algunos piensan, sin

⁸⁴ El texto completo de la cita es el siguiente: “Hay algunos temas cuyo reconocimiento constitucional les 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. Así, tenemos que en la Constitución vigente se hace referencia –con calidad de garantía de la administración de justicia a la instancia plural. Esta frase –de dudoso significado– ha sido entendida unánimemente como que contiene la exigencia que todo proceso debe tener más de una instancia. Sin embargo, conviene precisar 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. Pero, sobre todo, es bueno recordar que se trata de un principio que, a la luz del proceso contemporáneo, ha sufrido muchos embates. Así, son muchos los países en los que la necesidad de enfrentar una demanda masiva del servicio de justicia, especialmente a niveles patrimoniales poco considerables, ha determinado la regulación de vías procedimentales en donde el proceso se tramita en una sola y definitiva instancia. Es cierto que los países en los que se han incorporado y consolidado procesos de instancia única, son aquellos que han logrado una considerable evolución del Derecho y del proceso, así como un elevado desarrollo en la solución de sus problemas básicos. Por esa razón, estando al grado de evolución de los estudios procesales en el Perú y de solución de sus problemas esenciales, no sería oportuno por ahora concretar legislativamente procesos a instancia única. Sin embargo, es importante que un ordenamiento procesal que pretende ser contemporáneo, cree las condiciones para que en un futuro se pueda regular procedimientos de instancia única. Estos, como ya se expresó, deberían ser diseñados para solucionar los problemas generados por la exigencia masiva de justicia por parte de las mayorías, casi desvalidas e incapacitadas para solventar un proceso largo. Esta es la razón por la que el artículo en estudio consagra el principio de la doble instancia para todos los procesos. Con ello se coloca como situación excepcional la tramitación de procesos que transcurren por tres instancias como actualmente hay en el Perú, siguiendo el modelo de los derechos germánicos de hace muchos siglos, permitiéndola para aquellos caos en los que el legislador considere su necesidad. Por otro lado, la misma norma, sin postular la instancia única, concede al legislador la posibilidad que alguna vez la regule, cuando el contexto sociocultural lo requiera y la norma constitucional lo permita. MONROY GALVEZ, Juan. Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992. En: THEMIS N° 15, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, 1993, p. 47.

⁸⁵ Ambos profesores participar en un debate organizado por el Consejo Directivo de la Asociación Civil THEMIS titulado “Arbitraje y Proceso: posturas encontradas”.

impugnaciones no sería posible la efectividad de aquél y las partes quedarían expuestas a un probable –y siempre posible– ejercicio arbitrario de los poderes judiciales”⁸⁶.

Por su parte, el profesor Priori no ha encontrado razón válida que justifique la doble instancia, afirmando enfáticamente que esta garantía dilata el proceso, nos aleja de la efectividad y mata a la justicia. Al respecto, el profesor Priori expresó lo siguiente:

“El dilema descrito se agrava si somos conscientes de qué tan injusta es una decisión incorrecta como una decisión tardía. El problema, sin embargo, siempre ha sido visto desde una perspectiva absolutamente tendenciosa, pues siempre se ha querido hacer ver que injusta es una decisión incorrecta; mas no una decisión tardía. Por ello se ha predicado que la oportunidad de la decisión debe ceder ante la corrección de la misma y, en consecuencia, se proclama la posibilidad de impugnar todas las decisiones judiciales, pues se tiene además el argumento incontrovertible de que siempre son pasibles de error. La desesperada búsqueda de una supuesta justicia basada en la corrección de las resoluciones, es decir, en la insaciable búsqueda de decisiones infalibles (aunque en el fondo uno sea consciente de que llegar a ellas es

⁸⁶ ARIANO DEHO, Eugenia. *Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 396. La profesora Ariano inicia su exposición de la siguiente manera: *“Desde hace algún tiempo me está ocurriendo algo extraño: tener que argumentar en pro de que el sistema procesal contenga- y, lo que es más importante, mantenga- un conjunto de impugnaciones que aseguren de la forma más adecuada a las partes el control sobre los actos del juez. Y ello, porque noto que desde varios lados se sienten instancias por limitar (o, incluso, suprimir) las impugnaciones existentes, lo cual es sin duda preocupante, pues se corre el riesgo que, por un lado, tal predicamento termine calando en nuestras conciencias y que, por el otro, se termine influenciando al legislador”*.

*imposible), ha terminado por lapidar una decisión oportuno y efectiva y, en consecuencia, por matar a la justicia*⁸⁷.

Lo relevante es dar cuenta de esta nueva tendencia. Cada vez son más los juristas que se suman a la causa y se atreven a “dudar” de la funcionalidad de la doble instancia, presunta garantía que en realidad la historia –y solo la historia– ha consagrado.

Este es el caso de Mauro Cappelletti, considerado por muchos como el procesalista más influyente del siglo XX, quien criticaba la visión dogmática y garantista que se tenía sobre la doble instancia, en las siguientes palabras:

*“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 que esta concepción no resiste una crítica seria y desprejuiciada*⁸⁸.

Por su parte, el profesor Chamorro precisa que en España la doble instancia no tiene la condición de derecho constitucional sino, muy por el contrario, la condición de derecho legal; entendiendo el autor que la adopción de este principio en el ordenamiento jurídico es tan sólo una opción legislativa, pudiendo sin problema prescindirse de él⁸⁹.

⁸⁷ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 408.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974, p. 279.

⁸⁹ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch, Barcelona, p. 80.

Este criterio ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC en que se señaló que *“el Tribunal Constitucional español, tempranamente, en criterio reiterado que suele ser compartido por otros tribunales constitucionales de Europa, no considera que la doble instancia sea exigible en todo proceso o incidente, sino solo en el caso de las sentencias penales condenatorias”⁹⁰*.

De igual forma, Clariá Olmedo ha señalado que *“los códigos modernos se caracterizan por la oralidad y la única instancia, y sostiene que ésta no viola principios constitucionales y cita jurisprudencia en apoyo de su afirmación”⁹¹*.

Por su parte, el profesor Ticona Postigo ha expresado que *“para algunos sistemas jurídicos [la doble instancia] no configura una garantía ni un derecho constitucional, e igualmente en la doctrina no existe unanimidad respecto a considerarlo como una faceta del debido proceso ni como expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”⁹²*.

De igual manera, el profesor Ibáñez Frocham ha afirmado que *“el principio de doble instancia no es exigible al Estado: el legislador puede restringirlo o limitarlo en aquellos casos en que así lo aconseje el interés general; la garantía de defensa en juicio –ha dicho la Corte de Argentina– no requiere de doble instancia judicial. O sea, en conclusión: que la doble instancia no es exigible en*

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC.

⁹¹ OLMEDO, Clariá, Tratado de Derecho Procesal Penal. VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 25.

⁹² TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, Lima, Grijley, 2009, p. 199.

*tanto la Constitución no la imponga, arbitrio no pacífico ni en la legislación, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia*⁹³.

Adicionalmente, el profesor Couture ha expresado que *“la privación de un recurso de apelación no pone en tela de juicio la efectividad de la tutela constitucional del proceso. Cuando todavía se discute el tema de la 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. La Constitución no está necesariamente en peligro, en términos generales, en el sistema de la instancia única*⁹⁴.

Por otra parte, a nivel nacional, el profesor Reynaldo Bustamante ha enfatizado que *“el contenido del debido proceso no es un tema pacífico en la doctrina, siendo usual que varíe de un país a otro, poniéndonos como ejemplo el que mientras para algunos la pluralidad de instancia es un requisito indispensable para la existencia de un debido proceso, para otros no lo es siendo posible entonces que existan procesos con instancia única*⁹⁵”.

Los grandes cuestionamientos a instituciones jurídicas empiezan siendo discusiones inofensivas, pero hoy nos encontramos ante mucho más que eso. Estamos “cuestionando” un principio que la historia ha dado como cierto. El presente subcapítulo, en suma, no ha sido más que un breve recuento de

⁹³ IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel. *Tratado de los recursos en el proceso civil*. Tercera edición. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1963, p. 144-145.

⁹⁴ COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo, Buenos Aires, Fairs, 2002, p. 158.

⁹⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El debido proceso en los procedimientos parlamentarios. A propósito de una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal N° 4, 2003, p. 87.

algunos de los cuestionamientos que han realizado los juristas más influyentes a la funcionalidad de la doble instancia.

El panorama es claro. No van a cesar los cuestionamientos al doble grado de jurisdicción. Cada vez su ineficiencia va ser más advertida. Hoy el cuestionamiento de si la doble instancia cumple alguna función en nuestro ordenamiento jurídico carcome a muchos. El cuestionamiento del doble grado ha llegado y ha llegado para quedarse. La desacralización de la doble instancia va a llegar tarde o temprano.

IX. ¿CUÁL ES LA RAZÓN DE SER DE LA DOBLE INSTANCIA? EL JUEZ PREDETERMINADO POR LEY

¿Cuál es la razón de ser de la doble instancia? En nuestra opinión, la doble instancia no es más que una herramienta para corregir las externalidades negativas que ocasiona el Juez predeterminado por la Ley.

Al respecto, el artículo 139 inciso 3) de la Constitución señala lo siguiente:

“Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley [...]”.

Como se puede apreciar, el proceso judicial ha sido diseñado de forma tal que, en virtud del derecho al Juez Natural, los Jueces no pueden ser designados por

las partes, sino que deben ser pre-determinados por la Ley en base a reglas claramente delimitadas.

Este no es el espacio para pronunciarnos a favor o en contra de la predeterminación legal de los Jueces. Sin embargo, de lo que no cabe la menor duda es que la imposición de los Jueces a las partes genera una serie de externalidades negativas. En nuestra opinión, la doble instancia no es más que una herramienta para corregir estas externalidades negativas.

En efecto, la razón por la cual se acentúa en el proceso judicial la necesidad de “apelar” radica en que las partes no tienen derecho a designar a sus Jueces. Pensamos que es la posibilidad que tienen los particulares de designar a las personas que van a resolver sus controversias, lo se traduce en un acto de confianza absoluto y, lo que a su vez, atempera la necesidad de apelar.

No podría ser de otra manera, en tanto que la designación de un árbitro implica depositar íntegramente la confianza en la ética, en las habilidades y en el profesionalismo de la persona designada. Y, si estamos de acuerdo en que ello es así, nos preguntamos: ¿qué sentido tiene cuestionar la decisión final de un tercero que fue elegido libremente por las partes?

Sobre el particular, Ugarte y Bevilacqua han expresado que *“el acto de nominar a un árbitro constituye una expresión de confianza por la parte nominadora en*

*la inteligencia, educación, perfil y/o trasfondo profesional y personal, conocimiento o especialización en un punto legal o técnico en particular*⁹⁶”.

La posibilidad que tienen las personas de escoger a las personas que van a resolver los conflictos convierten al arbitraje, por ejemplo, en un mecanismo de resolución de controversias especialmente atractivo⁹⁷. No sin razón Hans Smit ha precisado que *“the opportunity to select adjudicators of special skill and experience in the subject matter of the dispute is no doubt one of the principal advantages of arbitration over litigation”*⁹⁸.

Como no es difícil advertir, es la imposibilidad que tienen las personas de designar a los Jueces que van a resolver sus conflictos lo que se traduce en una falta de confianza y lo que, a su vez, motiva la necesidad de apelar a una segunda instancia a fin de encontrar en ella una necesidad de consuelo y esperanza social.

Por lo visto, cuando no se confía en los Jueces que van a resolver las controversias, se crea una necesidad psicológica de apelar. Visto así, la doble instancia no es más que un mecanismo para corregir las externalidades negativas que se crean como consecuencia de la predeterminación legal del Juez.

⁹⁶ UGARTE, Ricardo y Thomas Bevilacqua. *Ensuring Party Equality in the Process of Designation Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Government Provisions*. Journal of International Arbitration, Kluwer Law International. 2010. p. 12.

⁹⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, p. 9-10.

⁹⁸ SMIT, Hans. *The future of International Commercial Arbitration: A single Transnational Institution*. En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 25, N° 1, 1986, p. 15.

Como hemos abundado, esta necesidad psicológica de apelar no se presenta cuando los Jueces son designados por las partes. Un claro ejemplo de ello es lo que sucedía en el Derecho Romano con el proceso *per legis actionis*. En este proceso la sentencia dictada por el *iudex* no tenía ninguna posibilidad de ser impugnada. Petit y Vescovi explican la razón por la cual dicha decisión era inimpugnable:

“La razón radicaba en el hecho que la sentencia era expedida por un Juez al que libremente han elegido las partes y a la cual tienen la obligación de someterse, pues ese es el acuerdo adoptado por las partes en la litiscontestatio”.

Como no pasará desapercibido, cuando las partes se someten a la decisión de una persona, no tiene ningún sentido cuestionar su decisión presentando un recurso de apelación. Ello guarda absoluta consistencia desde que el acto de “designar” a un árbitro implica por definición que no se ha encontrado a una persona que se encuentre en mejores condiciones para resolver la controversia.

Esa es la razón por la cual los Jueces elegidos por las partes suelen ser personajes influyentes y respetados en la comunidad. En ese sentido, el profesor Remón ha señalado que *“el interés de los árbitros por mantener intacta su reputación y autoridad es garantía suficiente de la corrección de los laudos”*⁹⁹.

⁹⁹ REMÓN, Jesús. *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942> (consulta: 13/01/2013).

Como es obvio, no tiene sentido pactar una segunda instancia arbitral en tanto que, si se analiza en términos prácticos, ello constituye una desvalorización del fallo de primera instancia¹⁰⁰. En ese sentido, resulta pertinente preguntarnos: ¿cuál es el sentido de desvalorizar la decisión final de una persona en la que se confía plenamente?

Visto así, no es difícil advertir que si verdaderamente existe una justificación para apelar, esta no encuentra sustento en el Derecho o en la Economía, sino muy por el contrario, en la Psicología. A los particulares les carcome la idea de que les impongan al Juez que va a resolver su conflicto. Les angustia el sentir que no tienen ningún control con respecto al tercero que va a resolver su conflicto. Les inquieta no tener previsibilidad con respecto a la decisión final que dictará el tercero que fue elegido en base a un sistema aleatorio. Esta situación, como es evidente, se diluye cuando el Juez es elegido por las partes en que por definición existe una confianza incondicional en la capacidad, habilidad y profesionalismo del árbitro designado.

Como no es difícil advertir, existe al menos una correlación entre la necesidad de apelar y la falta de confianza que existe en los Jueces¹⁰¹. Si es que las partes pudiesen designar a sus Jueces, no existiría necesidad de apelar. Reiteramos que la doble instancia busca corregir las externalidades negativas que se derivan de la pre-determinación legal de los Jueces.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. TUESTA SILVA, Wilder. *La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia*. Tesis para optar el título de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal, 2010, p. 15.

¹⁰¹ Una correlación significa, sencillamente, que existe una relación entre dos factores –llamémoslos X e Y–, pero no explica el sentido de dicha relación. Es posible que X cause Y; también es posible que Y cause X; y también lo es que tanto X como Y sean causados por algún otro factor, Z. En: LEVITT, Steven D. y Stephen J. Dubner. *Freakonomics*. Ediciones B, S.A., 2005, p. 19.

Como se puede apreciar, a diferencia del sistema judicial, el arbitraje ofrece la excelente oportunidad de que la controversia sea resuelta por una o más personas especializadas en la materia de conflicto, lo que se traduce en una expresión de confianza en los árbitros¹⁰². En otras palabras, en el arbitraje las partes son libres de designar como árbitros a personas que tienen conocimientos específicos y experiencia en la materia de conflicto.

Sobre el particular, Redfern y Hunter han subrayado las ventajas que ofrece el arbitraje en los siguientes términos:

“Arbitration also offers the parties the opportunity to choose their own judge, in a way which is not usually possible in court proceedings. One or more arbitrators may be chosen for their special skills and expertise in commercial law, civil engineering or some other relevant discipline”¹⁰³.

Lo que sucede es que en el arbitraje las partes pueden realizar un *arbitrator shopping* por medio del cual pueden realizar un análisis exhaustivo y elegir a la persona que se encuentra en las mejores condiciones para resolver su conflicto. Siendo ello así, si estamos de acuerdo en que en muchos casos las partes pueden elegir al mejor candidato posible, ¿cuál es el sentido de que un peor candidato revise la decisión del mejor candidato? Consideramos que,

¹⁰² BARANDIARÁN HART, José León. *El arbitraje: sus ventajas con respecto al proceso judicial*. En: Legal Express, N° 5, Gaceta Jurídica, 2001, p. 4. En el mismo orden de ideas, García Calderón ha señalado que *“otro punto ventajoso del arbitraje se da en la especialización de los árbitros en la materia sujeta a solución”*. GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional en la legislación peruana*. En: Revista Peruana de Derecho Internacional, tomo XLVI, N° 108, Lima, 1996, p. 171-172.

¹⁰³ REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, segunda edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1991, p. 23.

entre otras razones, lo expuesto explica por qué en el arbitraje nadie pacta segunda instancia.

Así las cosas, podemos advertir que la necesidad psicológica de apelar se diluye cuando los árbitros son personas en quienes se confía plenamente. Como se puede apreciar, la doble instancia se reduce a un problema de falta de confianza.

En respaldo de esta posición, el profesor Cantuarias Salaverry ha señalado expresamente lo siguiente:

“El arbitraje permite confiar la decisión del conflicto en quien las partes reconozcan que tiene experiencia en el negocio controvertido y que es escogido por la confianza que les inspira¹⁰⁴”.

Por su parte, Nils Mangard se ha pronunciado de la siguiente manera:

“En el arbitraje, las partes litigantes pueden elegir como “jueces” a personas que poseen los conocimientos específicos y la experiencia necesaria y en quien dichas partes confían¹⁰⁵”.


Como no es difícil advertir, si es que las partes confían en el árbitro designado, no tienen necesidad de apelar. Por el contrario, si no confían en él, surge una necesidad de apelar. En otras palabras, si las partes designan a su árbitro, ello

¹⁰⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, p. 9.

¹⁰⁵ MANGARD, Nils. *El arbitraje y el sistema judicial*. En: Estudios sobre arbitraje comercial internacional, segunda edición, Centro de Estudios Comerciales (Ceco), Madrid, 1983, p. 95.

significa que confían plenamente en sus capacidades y, en consecuencia, no existe necesidad de apelar. Sin embargo, si es que las partes no tienen posibilidad de designar a sus árbitros y éstos están predeterminados por la ley, ¿por qué las partes habrían de confiar en ellos? Surge así mucha inquietud y una angustia psicológica que se traduce en una necesidad de apelar. Como no es difícil advertir, la doble instancia –en puridad– no es más que una expresión de desconfianza en el sistema.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que la doble instancia no es más que una herramienta para corregir las externalidades negativas que se derivan de la pre-determinación legal de los Jueces. Siempre que las partes designen a sus árbitros, no hay necesidad de pactar una segunda instancia y el sistema de designación de árbitros en el arbitraje es fiel prueba de ello.



CAPÍTULO III:
**EL ANÁLISIS DE COSTOS EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES**

I. LA FILOSOFÍA BENTHAMITA: DOLOR Y PLACER

Como alguna vez señaló Bentham, la naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Les corresponde sólo a éstos determinar lo que haremos. Nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos, en todo lo que pensamos; todo esfuerzo que hagamos para librarnos de nuestra sujeción servirá solo para demostrarla y confirmarla¹⁰⁶.

Jeremy Bentham fue un importante teórico en filosofía y uno de los fundadores del utilitarismo. En el libro “Principles of Morals and Legislation” desarrolló la idea de la utilidad y el cálculo utilitario. Bentham creía que el dolor y el placer no sólo explican nuestras acciones sino también ayudan a definir lo que es bueno y moral¹⁰⁷. El utilitarismo se forja como la creencia de que la única norma de moral está determinada por su utilidad.

Ahora bien, para efectos de la presente tesis, lo realmente trascendente de la teoría Benthamita es que las personas toman decisiones en base a la ecuación “dolor-placer”. Los individuos se sienten muy atraídos por lo que les causa placer y rehuyen a lo que les causa dolor. Así, de acuerdo al pensamiento de Bentham, para determinar si una acción es moral basta con calcular las consecuencias buenas y malas que resultarán de una acción específica. Si lo bueno supera a lo malo, entonces la acción es moral¹⁰⁸.

¹⁰⁶ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, impreso en 1781 y publicado en 1789 (Batoche Books: Kitchener, ON Canada, 2000), p. 14.

¹⁰⁷ KERBY, Anderson. *Utilitarismo: el mayor bien para el mayor número*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

II. EL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

Como no es difícil advertir, la teoría Benthamiana no encuentra sustento en nada muy ajeno a nosotros. La ecuación “dolor-placer” a la que se refería Bentham es lo que todos conocemos como análisis “costo/beneficio”. Todos – absolutamente todos– tomamos decisiones en base a un análisis de costos. Constantemente sentimos una especial atracción por lo que nos causa placer y nos ahuyenta lo que nos causa dolor. Los seres humanos buscan maximizar beneficios y minimizar costos en todos los ámbitos de su vida.

Precisamente una de las principales contribuciones de Gary Becker radica en extrapolar el análisis económico del Derecho (y, en consecuencia, el análisis costo-beneficio) a ámbitos de la vida que tradicionalmente se suelen abordar desde otra perspectiva, como por ejemplo, la sociología o la psicología¹⁰⁹. Nosotros –al igual que Becker– pensamos que el utilitarismo forma parte de nuestra vida desde hace mucho. Tomar decisiones morales usando el utilitarismo parece una extensión natural de nuestros procedimientos de toma de decisión diarios¹¹⁰.

Pero el análisis costo-beneficio no es propio de las personas en un plano meramente privado, sino que puede ser extrapolado también incluso a las personas en el ámbito de sus funciones. Es aplicado, por ejemplo, por el

¹⁰⁹ Becker desarrolló marcos conceptuales económicos y acreditó que el análisis costo-beneficio en ámbitos como (i) la inversión en capital humano; (ii) el comportamiento de los hogares o las familias; (iii) crimen y castigo; y (iv) la discriminación en el mercado laboral.

¹¹⁰ Todo el tiempo tomamos decisiones que se sustentan exclusivamente en un análisis costo-beneficio: cuando buscamos el accesorio más barato en el supermercado, cuando intentamos identificar la fila en que hay menos cola, cuando cambiamos de trabajo para recibir un mejor sueldo, cuando esperamos el 2 x 1 de Ripley y muchos casos más. En todas y cada una de las decisiones que tomamos en nuestra vida diaria, existe de por medio un análisis costo-beneficio.

Gerente General de una empresa trasnacional al administrar el negocio, por el Presidente de la República cuando dirige la política del Gobierno y establece las políticas del país, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al autorizar o no el envío de cascos azules en un determinado Estado, y por supuesto también, por el Congreso de la República¹¹¹.

III. EL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Para efectos de la presente tesis, lo relevante es advertir que el análisis costo-beneficio tiene una especial connotación en la función jurisdiccional, con especial incidencia en lo que se refiere a la ponderación de derechos fundamentales. En efecto, nosotros consideramos que cuando un Juez está ponderando derechos fundamentales se encuentra realizando nada más y nada menos que un análisis costo-beneficio.

¹¹¹ Tan es así que el artículo 75 del Reglamento del Congreso prescribe como requisito inexorable que los Proyectos de Ley estén acompañados del respectivo análisis costo-beneficio de la futura norma legal. Al respecto, la norma citada señala que *“las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos solo pueden ser dispensados por motivos excepcionales (...)”*. Como es evidente, al encontramos ante una de las funciones esenciales del Estado, es menester identificar los impactos que podría generar una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los individuos, la sociedad y el bienestar general. Cuestión distinta es que la tendencia hoy en día sea elaborar proyectos de ley que suelen incluir análisis costo-beneficio totalmente improvisados que se limitan a señalar *“el proyecto de ley no generará ningún gasto para el erario nacional”*, sin entrar a analizar las reales dimensiones de los costos que podría implicar la norma en la realidad. Por lo demás, en el plano meramente ideal, no hay duda que la realización de un análisis costo-beneficio es deseable, pues permite predecir los impactos y las externalidades que pudiesen derivarse de la promulgación de la norma. Al respecto, el artículo 3 del Decreto Supremo 008-2006-JUS, Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistemización Legislativa, establece textualmente que *“el análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos*. Es más, ya desde antaño Bentham señalaba que el análisis dolor-placer era aplicado constantemente por el legislador. En ese sentido, señaló que que *“los placeres y evitar los dolores, son los fines que el legislador se propone; por lo tanto le interesa entender su valor. Los placeres y los dolores son los instrumentos con los que tiene que trabajar”*. BENTHAM, Jeremy. *Fragmento de Introducción a los principios de la moral y de la legislación*. En: <http://www.alcoberro.info/pdf/Bentham.pdf> (Consulta: 5 de septiembre de 2014).

En esa línea de criterio, el profesor Covarrubias ha señalado que *“la referida noción, como lo adelantáramos, arranca del supuesto básico que el balanceo a efectuarse entre dos derechos o entre éstos y un bien constitucionalmente legítimo, conlleva un análisis de costo-beneficio”*¹¹².

De igual manera, el profesor Bernal Pulido ha expresado que *“la referida exigencia del test de proporcionalidad –denominada también la regla de ponderación conlleva un análisis en que las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”*¹¹³.

Por su parte, el profesor Araújo Rentería ha señalado que *“los derechos fundamentales exigen su máxima realización posible, o, lo que es lo mismo, está prohibida su protección deficiente, de modo que en caso de conflicto entre principios se debe mirar la relación costo-beneficio”*¹¹⁴.

Como se puede apreciar, existe una marcada tendencia que predica –al igual que nosotros– que la ponderación de derechos fundamentales es perfectamente equiparable a un análisis costo-beneficio. Sin embargo, no han faltado las objeciones a esta forma de pensamiento. Así, si bien se ha admitido que existe grandes similitudes entre ambos análisis, se señala que existen sutiles diferencias en algunos aspectos.

¹¹² COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. *Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada*. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100012&script=sci_arttext (consulta: 9 de septiembre de 2014).

¹¹³ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), pp. 36-37.

¹¹⁴ ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr11.pdf> (consulta: 9 de septiembre de 2014).

En relación a este punto, el profesor Corilloclla ha señalado textualmente lo siguiente:

“Cuando se entra al terreno de los derechos fundamentales, donde existe colisión entre ellos, se recurre a la ponderación, que es semejante al análisis costo-beneficio, pero no igual. Son semejantes desde el punto de vista que contraponen dos intereses (bienes) o grupos de intereses (o bienes) y se decide cuál de ellos merece ser protegido en mayor medida. La diferencia está en que el análisis costo beneficio tiene una fundamentación económica, basada en la eficiencia y la optimización, que pueden ser considerados como valores en una sociedad de recursos limitados y necesidades ilimitadas, mientras que en la ponderación se toman en cuenta un conjunto de principios y derechos fundamentales”¹¹⁵.

Si bien coincidimos con Corilloclla en un extremo cuando señala que tanto en el análisis costo-beneficio como en la ponderación de derechos fundamentales se contraponen dos intereses y se decide cuál de ellos merece ser protegido en mayor medida, manifestamos estar abiertamente en desacuerdo con el fondo de su posición. En efecto, nosotros pensamos que absolutamente todas las decisiones –incluso las que involucran principios y derechos fundamentales– pueden encontrar fundamento en la Economía, encontrando especial sustento en la eficiencia y la optimización.

¹¹⁵ CORILLOCLLA TERBULLINO. Pavel. *Protección al Consumidor: entre la Teoría Económica y la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Económicos y Desarrollo Empresarial, Documentos de Trabajo 6, 2007, p. 31-32.

Lo importante es comprender que la Economía no reduce su ámbito de aplicación a la eficiente asignación de recursos escasos y limitados, sino –ante todo y sobre todo– a predecir conductas humanas. Al respecto, el profesor Bullard ha señalado que *“lo que se consigue a través del Análisis Económico del Derecho (AED) es predecir conductas de seres humanos”*¹¹⁶.

En otras palabras, la Economía no solo tiene que ver con dinero, dólares o centavos, sino con todo. Si se parte de dicha premisa, entonces se puede entender como la Economía encuentra plena aplicación en todos los ámbitos de la vida. Precisamente Gary Becker, Premio Nobel de Economía, ganó el mencionado reconocimiento por haber ampliado el ámbito de la Economía más allá de los enfoques tradicionales para establecer conexiones entre sociología, criminología y demografía¹¹⁷.

La ponderación de derechos fundamentales también puede ser estudiado desde la óptica económica. Cuando los Jueces ponderan derechos fundamentales también están realizando un análisis costo-beneficio. Ciertamente no lo hacen con el propósito de maximizar recursos, pero sí con el objetivo de maximizar derechos fundamentales. Ya un ilustre profesor ha utilizado el término “maximización de derechos fundamentales”¹¹⁸.

¹¹⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía, Análisis económico de las instituciones legales*, Parte I, Sección 1, 2006, p. 41.

¹¹⁷ Una de las cosas que, por ejemplo, decía Becker es que cuando las personas deciden casarse –o correlativamente divorciarse– realizan un análisis económico o, en otras palabras, un análisis costo-beneficio. Claro que no maximizan su utilidad en el sentido tradicional del término, pero sí maximizan su felicidad. Es decir, al decidir casarse o no, buscan ganar más de lo que pierden. Realizan, al fin y al cabo, un análisis de costos. En una famosa entrevista se le preguntó al profesor Becker con respecto a la relación entre la felicidad y la economía y éste expresó que *“el término economía es muy amplio. No es sólo dinero. Es también amor. Yo he hablado de cosas como el amor, la obligación. La compatibilidad sexual; todas estas cosas deben entrar dentro de la economía. Eso es lo que quiero recoger de la economía. Yo trato de expandir los límites de lo que es la economía no sólo de dinero, no sólo de dólares o centavos”*.

¹¹⁸ PRIORI POSADA, Giovanni. *El Proceso en el Estado Constitucional*. Ara Editores, Lima, p. 358.

Lo que ocurre es que Corilloclla tiene una posición distinta porque parte de una premisa distinta. Parte de un concepto absolutamente restringido de la Economía, como si esta únicamente tuviese relación con el dinero. Por el contrario, nosotros pensamos que la Economía intenta estudiar la conducta humana y, si ello es así, solo podemos concluir que la Economía está en todos lados. Y así como una persona puede maximizar su felicidad al decidir contraer matrimonio, nosotros consideramos que los Jueces pueden maximizar derechos fundamentales al ponderarlos.

En ese sentido, consideramos que la ponderación de derechos fundamentales, visto desde la perspectiva económica, no es más que un análisis de costos¹¹⁹. Al respecto, la profesora Indacochea ha expresado que *“el concepto de ponderación, en su versión más intuitiva, hace referencia a la acción de sopesar dos magnitudes a fin de obtener un resultado de equilibrio entre ellas”*¹²⁰.

De igual manera, en las palabras de Rodríguez-Toubes *“ponderar viene a equivaler, en suma a tomar una balanza con dos platos, situar los derechos en un lado y sus posibles límites en el otro, y a continuación añadir y quitar de uno y otro plato hasta que alcancen un equilibrio aceptable”*¹²¹.

Por su parte, existen algunos autores que además han incorporado conceptos económicos cuando hacen alusión a la ponderación de derechos

¹¹⁹ El Tribunal Constitucional ha señalado que *“según la ley de la ponderación, cuanto mayores es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro.* Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 579-2008 del 5 de junio de 2008.

¹²⁰ INDACOCHEA PREVOST, Ursula. *¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos?* En: THEMIS 55, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, p. 99.

¹²¹ RODRÍGUEZ TOUBES MUÑOZ, Joaquín. Principios, fines y derechos fundamentales. Madrid, Dykinson, 2000, p. 193.

fundamentales. Así, Priori ha señalado, por ejemplo, que *“el proceso en el Estado Constitucional debe estar diseñado de modo tal que todos esos derechos y principios constitucionales obtengan en ese diseño la máxima optimización en conjunto”*¹²².

Como se puede observar, ya se ha tomado conciencia de que incluso en el ámbito de los derechos fundamentales lo importante es maximizar. El Derecho Constitucional no es ajeno al análisis costo-beneficio. Si bien los derechos fundamentales se encuentran en constante conflicto, ello no significa que un derecho debe ser sacrificado en desmedro de otro o que se debe elegir entre uno de los dos, sino que se debe optimizar a todos en su conjunto. Lo importante es comprender que lo que está detrás de la ponderación de derechos fundamentales es un análisis costo-beneficio. El Juez tendrá que restringir algunos derechos y optimizar otros, pero siempre buscará la maximización de los derechos fundamentales en su conjunto¹²³.

En esta línea de criterio, el profesor Priori se ha pronunciado con las siguientes palabras:

“Este es el gran desafío del proceso en el Estado Constitucional. Al ser el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva un derecho de contenido complejo el diseño del proceso supondrá constantes tensiones. Pero esas tensiones no deben ser resueltas con la protección de uno de esos principios en desmedro de los otros, sino más bien buscando la

¹²² PRIORI POSADA, Giovanni. *El Proceso en el Estado Constitucional*. Ara Editores, Lima, p. 355.

¹²³ *Ibidem*, p. 355.

ponderación de todos. El proceso en el Estado Constitucional es el escenario en el que todos los derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva logran su máxima optimización. Con el riesgo de ser reiterativos, ponemos énfasis en todos”¹²⁴.

IV. LA MAXIMIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como es fácil advertir, lo importante es optimizar los derechos fundamentales. Se trata de colocar a los derechos fundamentales en la balanza y hacer un análisis de costos. No se trata de tutelar un derecho fundamental en desmedro del otro, sino más bien de encontrar el equilibrio en el que ambos derechos fundamentales encuentren su máxima optimización. Ciertamente uno será más protegido que otro, pero el propósito es maximizar a ambos en su conjunto¹²⁵.

Lo que ocurre con meridiana frecuencia es que por la protección de uno de ellos (por ejemplo, la defensa) se terminan restringiendo otros (por ejemplo el derecho a un plazo razonable). No se debe tutelar uno solo ni solo el otro, sino los dos en el máximo grado posible de vigencia, que permita a ambos convivir con el máximo desarrollo de sus potencialidades¹²⁶.

Por ello, en esta sede, el legislador intenta, solo intenta un modelo, pero es el Juez, el único que puede hacer que en el caso concreto esta optimización se produzca. Y la única manera de lograrlo es tener en claro los costos y los

¹²⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. *El Proceso en el Estado Constitucional*. Ara Editores, Lima, p. 355.

¹²⁵ Por ello es que podemos señalar con convicción que la ponderación también puede ser medida bajo la fórmula de eficiencia de Kaldor y Hicks, en la medida que a la larga, el Juez, el legislador o incluso el constituyente, intentan maximizar y colocar a la sociedad en una mejor situación de la que estaba antes.

¹²⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. *El Proceso en el Estado Constitucional*. Ara Editores, Lima, p. 355.

beneficios que podrían derivarse de la decisión jurisdiccional. Si prescindiésemos de un análisis de costos, la ponderación de derechos fundamentales puede terminar siendo absolutamente arbitraria¹²⁷.

Es más, basta con realizar un somero análisis del contenido del test de proporcionalidad para advertir que cuando se ponderan derechos fundamentales se está realizando un análisis de costos. Así, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional (Exp. 00019-2005-AI/TC, Exp. 06089-2006-PA/TC, Exp. 0050-2004-AI/TC) ha establecido los subprincipios del test de proporcionalidad. Al respecto, en la citada jurisprudencia se ha repetido que el test de proporcionalidad consta de los siguientes pasos:

- 1) Fin constitucional: verificar la existencia de un fin constitucional;
- 2) Examen de idoneidad: exige que la medida restrictiva debe ser idónea para el fin legítimo que se trata de proteger;
- 3) Examen de necesidad: exige que se analice si existen medios alternativos menos gravosos para lograr el fin constitucional;
- 4) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: exige que el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

¹²⁷ PRIORI POSADA, Giovanni. *El Proceso en el Estado Constitucional*. Ara Editores, Lima, p. 355.

En nuestra opinión, cada uno de los pasos que conforman el test de proporcionalidad pueden ser perfectamente aplicados a un análisis de costos común y corriente. Es más, nosotros consideramos que los individuos, al tomar decisiones, inconscientemente siguen cada uno de estos pasos. Veamos:

- 1) Fin constitucional: cuando se realiza un análisis costo-beneficio los individuos intentan identificar el fin valioso que se derivaría de la decisión a adoptar;
- 2) Examen de idoneidad: al realizar un análisis costo-beneficio, los individuos analizan si la decisión a adoptar es adecuada para el fin que persiguen;
- 3) Examen de necesidad: este es el costo de oportunidad propiamente dicho. Los individuos no solo buscan que la decisión a adoptar sea la menos gravosa, sino que sea la que más favorece a sus intereses;
- 4) Examen de proporcionalidad: este paso no es más que la exigencia de que el resultado del análisis de costos sea razonable y proporcional. Al tomar decisiones, los individuos deben ganar más de lo que pierden.

En realidad, el análisis costo-beneficio tiene una especial connotación en el examen de necesidad. Cuando las personas toman decisiones siempre hay un costo alternativo que es al que denominamos “costo de oportunidad”. Ninguna decisión carece de costo porque ello implicaría que no hay alternativas de por

medio y, si no hay alternativas, no existe una verdadera decisión. Por ello es importante que los individuos identifiquen cuál es la decisión menos gravosa, esto es, aquella que implica menores costos.

En ese sentido, el profesor Sola ha expresado que *“el derecho cambia los incentivos de las personas en su conducta, la acción humana está basada en el costo de oportunidad, es decir, el costo de lo que renunciamos al elegir una opción o tomar una decisión. Las personas toman una decisión teniendo en cuenta la primera alternativa disponible frente a la que definitivamente eligen”*¹²⁸.

Como se puede apreciar, no existen sustanciales diferencias entre la ponderación de derechos fundamentales y el análisis costo-beneficio. De hecho, cuando se realiza un análisis costo-beneficio –aunque de manera mucho más inconsciente– los individuos siguen cada uno de los pasos del test de proporcionalidad, con especial incidencia en el examen de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Una de las cosas que se enseña incorrectamente en la Universidad es que quien pondera derechos fundamentales siempre es el Juez. Ello no es correcto. El legislador también pondera y lo hace con mucha frecuencia. Ciertamente que, a diferencia del Juez, el legislador intenta, solo intenta un modelo, sin embargo, es claro que también pondera¹²⁹.

¹²⁸ SOLA, Juan Vicente. *Constitución y Economía*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

¹²⁹ Así, por ejemplo, cuando el legislador prescribió la postergación del contradictorio de las medidas cautelares estaba ponderando el derecho de defensa con el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. En el caso concreto, el legislador restringió el derecho de defensa para maximizar el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Podría alegarse que ponderó mal, pero ponderó al fin y al cabo. Por otra parte, cuando el legislador prescribió en el

Sobre este particular, el profesor Louyayf ha señalado expresamente lo siguiente:

“Cada vez que se manifiesta una preferencia por parte del legislador es absolutamente seguro que se ha hecho al mismo tiempo, un sacrificio. No debemos pensar en estos temas como si fuéramos a pronunciarnos sobre algo que solo tiene ventajas contra la que solo tiene defectos”¹³⁰.

Pero una de las cosas que suele pasar desapercibida es que no solo el Juez y el legislador ponderan, sino que sucede lo mismo con el constituyente. Uno podría pensar que ello es imposible porque si los derechos están recogidos en el texto constitucional, es evidente que se trata de valores constitucionales porque de lo contrario, no estarían consagrados en el texto constitucional. El problema estriba en que se suele pensar equivocadamente que Constitución y texto constitucional es lo mismo cuando, en realidad, distan mucho de serlo.

En nuestra opinión, el texto constitucional no es más que un glosa de papeles con tinta que representa lo que un conjunto de seres humanos en un momento determinado consideraron que eran los principios que debían irradiar el ordenamiento jurídico. La Constitución, por el contrario, trasciende por

artículo 427 del Código Procesal Civil que en ciertos casos las demandas pueden ser declaradas improcedentes estaba ponderando el derecho de acceso a la jurisdicción con la necesidad de no cargar inutilmente el Poder Judicial con causas que no ameritan ser llevadas a dicho fuero. En este caso, se restringió el derecho de acceso a la jurisdicción a fin de descargar las causas en el Poder Judicial. De igual manera, cuando el legislador estableció en el artículo 178 del Código Procesal Civil que la cosa juzgada puede declararse nula en caso se acredite la existencia de un fraude, estaba ponderando el derecho a la cosa juzgada con la necesidad que el proceso encuentre como fin último la paz social en justicia. En este caso, se restringió el derecho constitucional a la cosa juzgada a fin de tutelar la paz social en justicia. Los ejemplos son múltiples. El legislador constantemente pondera derechos fundamentales. Lo hace todo el tiempo porque los derechos fundamentales se encuentran en tensión. Cuando ello sucede, se debe realizar un análisis de costos y el legislador debe propender a maximizar derechos fundamentales.

¹³⁰ LOUYAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 24.

completo la noción de un texto escrito y representa más bien una serie de principios que son connaturales a un Estado Constitucional. El hecho de que una institución esté contenida en la Constitución no la convierte en un principio constitucional.

Se trata de principios calificados como constitucionales no porque estén consignados en un texto ni porque el Tribunal Constitucional lo ha dicho así en un precedente vinculante, sino porque su importancia es de tal magnitud para el ser humano que es necesario que sean elevados al rango de derechos constitucionales. Se trata de una serie de principios que se encuentran detrás del texto y que, por supuesto, lo trascienden. Sin el respeto a dichos principios, no puede hablarse de la existencia de un Estado Constitucional¹³¹.

En un famoso video de una ponencia de Federico Salazar titulada “los fundamentos del liberalismo”, el autor señaló expresamente lo siguiente:

“Eso es lo que significa el principio del orden constitucional. Pero también advertimos que la Constitución no es lo mismo que el texto constitucional. El texto constitucional es el librito que les enseñan muchas veces en el colegio. Eso es la Constitución, pero seamos claros, es la Constitución aprobada formalmente. Lo que le da poder y vigencia a ese

¹³¹ En efecto, el hecho que el derecho de acceso a la jurisdicción —a diferencia de otras Constituciones— no está reconocido en la Constitución no le resta la calidad de derecho fundamental. De hecho, Cappelletti, el procesalista más influyente del siglo XX, señalaba que “*el acceso efectivo a la justicia se puede considerar, como el requisito más básico —‘el derecho humano’ más fundamental— en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos*”. Cappelletti pensaba que el derecho de acceso a la jurisdicción era la garantía procesal más importante y preciada de todas. Es evidente que su omisión en el texto constitucional no desmerece su condición de derecho constitucional¹³¹. Somos conscientes que el Artículo 3 de la Constitución regula el numeroso apertus de los derechos fundamentales. Al respecto, el Artículo 3 de la Constitución Política señala que “*la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*”.

*texto es que dentro hay norma y principios de orden constitucional. Entonces los principios constitucionales deben ser sostenidos sobre cualquier otra norma*¹³².

Siendo ello así, se puede señalar con absolutamente convicción que muchas de las normas previstas en el texto constitucional son inconstitucionales. Puede sonar contradictorio, pero en realidad no lo es. En lo que a nuestra opinión se refiere, por ejemplo, no tenemos la menor duda de que más allá de los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Perú, la pena de muerte es inconstitucional¹³³.

Existen otros principios constitucionales que no son inconstitucionales, pero que al ser el corolario de defectuosas ponderaciones, debe concluirse que no son principios constitucionales. Aquí es donde nos tropezamos con la doble instancia.

V. PLAZO RAZONABLE VS. MITIGACIÓN DEL RIESGO DE ERROR JUDICIAL

Cuando el constituyente impregnó a la doble instancia en el texto constitucional se vio en la necesidad de realizar un análisis costo-beneficio entre un bien constitucionalmente protegido y un derecho constitucional: la necesidad de mitigar el riesgo de error judicial y el derecho a un plazo razonable. En el caso

¹³² BENEGAS LYNCH, Alberto. ¿Qué es el liberalismo?

¹³³ El artículo 140 de la Constitución señala expresamente que “la pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

concreto, el constituyente optó por maximizar la mitigación del riesgo de error judicial en desmedro del derecho a un plazo razonable¹³⁴.

Nosotros consideramos que la mitigación del riesgo de error judicial es un bien constitucionalmente protegido porque se encuentra muy vinculado a la efectividad del ordenamiento jurídico. Pensamos que no es posible brindar predictibilidad y seguridad jurídica a la sociedad si es que los individuos no tienen la convicción de que los conflictos son resueltos, por lo menos la mayor parte de las veces, en base al derecho objetivo.

Si es que no existiese un esfuerzo sistemático por parte del sistema jurídico en mitigar el riesgo de los errores judiciales, con toda razón los individuos podrían cuestionar la legitimidad del sistema jurídico. Si los conflictos no se resolviesen en base al derecho objetivo, ¿entonces para qué necesitamos al derecho objetivo? Es evidente que debe existir una especial preocupación por parte del sistema jurídico en lograr que la conducta de los individuos se adecúe al derecho objetivo y, si ello es así, el proceso, herramienta de última ratio, debe coadyuvar a este propósito. No hay manera que el proceso logre este objetivo si es que no existiese una preocupación en reducir los errores judiciales al mínimo posible. De ahí que sostengamos que la mitigación de los errores judiciales es un bien constitucionalmente protegido.

¹³⁴ Para efectos de la presente tesis utilizaremos el concepto de “principio” que ha sido formulado por Alexy. Sobre el particular, el professor Alexy ha señalado que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86-87.

Distintos autores han logrado identificar acertadamente que detrás de la doble instancia hay una relación de tensión entre el derecho a un plazo razonable y la mitigación del riesgo de error judicial. En relación a dicha relación de tensión, Marinoni ha señalado expresamente lo siguiente:

“Seguridad y rapidez siempre fueron las aspiraciones de aquellos que sueñan con una tutela jurisdiccional adecuada. No hay duda de que el problema de la relación entre la aspiración a la certeza –a exigir la ponderación y la mediación de la decisión en el esfuerzo de evitar la injusticia– y la exigencia de rapidez en la conclusión del propio proceso siempre fue uno de los principales motivos recurrentes en la historia del proceso. El doble grado solamente entró en esta “historia” más como una garantía de la rectitud de la decisión jurisdiccional. No obstante, al mismo tiempo que permite una “opinión” más sobre la causa, el doble grado dilata el tiempo del proceso, o el tiempo necesario para la tutela jurisdiccional del derecho”¹³⁵.

De igual manera, el profesor De Santo ha señalado textualmente lo siguiente:

“Todo ello implica un problema de política procesal que el legislador debe valorar, a fin de lograr una prudente conciliación de dos aspiraciones que en este tema entran fácilmente en pugna por su alto significado: por un lado, la seguridad jurídica que busca agotar todos los medios para lograr

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 52.

sentencias que guarden la mayor adecuación con la realidad y las exigencias de la justicia, lo cual tiende a aumentar el número de instancias, y por otro, las de economía y celeridad procesal, que tienden a la más pronta terminación de los juicios, pues la demora en definitiva también atenta contra la seguridad jurídica. Para ello se debe procurar alcanzar el punto de equilibrio en el cual la seguridad jurídica que se obtiene con los recursos no conspire contra una razonable celeridad del proceso”¹³⁶.

Como bien señala Couture, cuando se habla de la doble instancia, se plantea al legislador como un dilema entre el principio de economía procesal y el de justicia en la decisión: ni tanta economía que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia¹³⁷.

Por su parte, el profesor Montero Aroca ha expresado textualmente lo siguiente:

“Al legislador se le ofrecen así dos opciones. Puede regular el proceso con previsión de uno o más recursos, lo que hará atendida la posibilidad de error judicial y para lograr una solución más adecuada a los hechos y a la aplicación del Derecho, o puede hacerlo sin prever recurso alguno, atendida la posibilidad de que los recursos se utilicen por las partes con la finalidad de retardar la solución judicial del conflicto o, incluso, sin referencia a la posibilidad de utilización torticera de los recursos, porque

¹³⁶ DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 80.

¹³⁷ COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo, Buenos Aires, Faira, 2002, p. 171-172.

*los mismos, en todo, caso, suponen una dilación en poner fin al conflicto existente entre las partes y en que la parte vencedora obtenga la satisfacción de su derecho. La elección entre las dos opciones responderá a una decisión política y aún puede matizarse*¹³⁸.

De igual manera, el profesor de Santo afirmó que *“los defensores de la pluralidad de instancia hacen hincapie en la necesidad de afianzar la seguridad jurídica mediante el control que ejercen los sucesivos tribunales, en tanto que los partidarios de la instancia única invocan la necesidad de asegurar la celeridad y economía procesal mediante la eliminación de una instancia*¹³⁹.

El Tribunal Constitucional, por su parte, se ha pronunciado en la sentencia recaída en el Expediente 607-2009-PA/TC señalando que *“con la doble instancia aparecen contrapuestos, por un lado, el derecho de la parte demandante a quien el juez de primer grado ha dado la razón para hacer cumplir una decisión que le beneficia (lo que deriva de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 139.3 de la Constitución); y, por otra parte, el derecho del demandado a impugnar esa decisión ante una segunda instancia (facultad reconocida también por la Norma Fundamental en su artículo 139.6)*¹⁴⁰.

En atención a lo expuesto, podemos concluir que la doble instancia es el resultado de una ponderación entre un bien constitucionalmente protegido y un derecho constitucional. Frente a dicho análisis costo-beneficio, el constituyente

¹³⁸ MONTERO AROCA, Juan y José FLORES MATÍES. *Tratado de recursos en el proceso civil*. Tirant blanch, Valencia, 2005, p. 38.

¹³⁹ DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 90.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 607-2009-PA/TC del 15 de marzo de 2010.

optó por restringir el derecho a un plazo razonable a fin de maximizar la necesidad de mitigar el riesgo de error judicial.

Como no es difícil advertir, la doble instancia no es una garantía procesal, sino más bien, la garantía de un bien constitucionalmente protegido, en nuestra opinión, muy mal diseñada. En ese sentido, podemos concluir que la doble instancia no es un fin en sí mismo, sino que busca tutelar algo distinto a sí mismo. La doble instancia busca mitigar el riesgo de error judicial e incluso, siempre que sea posible, eliminarlo. Ese es el valor que está detrás. El bien constitucional entonces es la mitigación del riesgo de error judicial¹⁴¹.

Sin embargo, el constituyente, al presuntamente maximizar la mitigación del riesgo de error judicial se vio en la necesidad de restringir el derecho a un plazo razonable¹⁴². Es obvio que la consagración de una segunda instancia implica

¹⁴¹ El Derecho es un instrumento y, como instrumento, debe servir para algo distinto a sí mismo. Entre muchas otras cosas, el Derecho debe propender a brindar seguridad jurídica. La única manera en que los individuos pueden confiar en el sistema jurídico es que el derecho objetivo sea efectivo, esto es, que sea aplicado correctamente por los Jueces. De cualquier otra manera, podría cuestionarse la legitimidad del Derecho. En ese sentido, el profesor Priori ha señalado que *“un ordenamiento jurídico sólo será efectivo en la medida que los hombres; adecuen su conducta a lo establecido por él, es decir, en la medida que lo establecido por el ordenamiento jurídico sea cumplido en la realidad. Es la conducta de los sujetos las que determina o no la efectividad del ordenamiento jurídico”*. PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación del proceso*. En: Compendio de Derecho Procesal Civil. Editado por Ius et Veritas. Compendio editado por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 57-58. Como es evidente, la única manera en la cual los hombres pueden adecuar su conducta a lo establecido por el ordenamiento jurídico es que las decisiones jurisdiccionales dictadas no estén viciadas de errores judiciales. Por definición, el cumplimiento de una decisión jurisdiccional viciada de error no puede adecuarse al ordenamiento jurídico, con lo cual se le resta efectividad a este último. En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, la necesidad de mitigar el riesgo de error judicial no solo es deseable, sino mandatoria. La efectividad del ordenamiento jurídico exige que los conflictos sean resueltos en base a la verdad material de los hechos y al derecho objetivo. No puede brindarse seguridad jurídica si es que los Jueces se equivocan una y otra vez al momento de dictar las sentencias. Como hemos abundado, a fin de lograr este loable propósito consistente en mitigar el riesgo de error judicial, el constituyente consagró el principio constitucional de doble instancia. El constituyente pensó que garantizando un doble examen, la posibilidad de que los Jueces se equivoquen se reduciría exponencialmente. A este respecto, el profesor Hinojosa Minguez ha señalado que *“la impugnación se funda en la necesidad de disminuir la posibilidad de injusticia basada, principalmente, en el error judicial, el cual, si no es denunciado, da lugar a una situación irregular e ilegal que, por lo mismo, causa agravio al interesado. Por ello, a fin de garantizar una resolución justa y la estricta aplicación de la ley, es que resulta indiscutiblemente necesaria la impugnación de los actos procesales y la instancia plural”*. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Derecho Procesal Civil*. Jurista editores, Lima, 2010, p. 17. Podemos concluir entonces que la instancia plural o principio de doble instancia obedece a una concepción política encaminada a disminuir la posibilidad de error judicial. A través de la instancia plural se obtiene una mayor seguridad jurídica con el control que ejercen los diferentes órganos jurisdiccionales.

¹⁴² El derecho a un plazo razonable o, también conocido por muchos como derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es una de las garantías del proceso de mayor envergadura. Si la eficacia es una garantía, la efectividad de la tutela judicial depende de esa eficacia, la misma que únicamente puede lograrse si el proceso se lleva a cabo en un plazo razonable¹⁴². Como bien ha señalado Vásquez Sotelo, sociológicamente puede afirmarse que una justicia tardía equivale a una falta de tutela judicial efectiva¹⁴², de dónde se deriva el derecho fundamental a un plazo razonable.

por definición la dilación del proceso y, consecuentemente, la restricción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

VI. UNA PONDERACIÓN DEFECTUOSA

Pensamos que la doble instancia no es un principio constitucional. No podría serlo. En un plano axiológico, a diferencia del derecho a la vida, el derecho a la integridad, el derecho de acción, no hay nada que pueda encontrarse en la doble instancia que lo eleve a un rango constitucional. No es un fin en sí mismo. No es un valor categórico kantiano. Es imposible imaginar un proceso judicial sin derecho de acción, sin derecho a la defensa, sin cosa juzgada, pero, ¿sin derecho a la doble instancia? ¿Es posible imaginar un proceso sin doble instancia? Claro que sí. No solo es posible imaginar un proceso con una doble instancia restringida, sino –y queremos ser enfáticos en ello– es posible imaginar un proceso con absoluta prescindencia de la doble instancia.

¿Se imaginan un proceso sin efectividad? ¿Se imaginan el caos? ¿Qué clase de tutela jurisdiccional se puede brindar a los individuos si esta tutela no es

Lamentablemente el constituyente ha omitido incorporar al derecho a un plazo razonable en el texto constitucional, lo que como hemos señalado con frecuencia, no es óbice para considerarlo como un principio constitucional. Por lo demás, es claro que este derecho es parte del contenido complejo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y, si fuera poco, se encuentra reconocido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a las garantías judiciales, el mismo que señala que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que toda persona tiene derecho a un plazo razonable, en las siguientes palabras: *“con relación al derecho de ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que si bien el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, tal derecho está implícito en los derechos al debido proceso y la tutela y, por lo tanto, guarda relación con el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que se deben observar durante y al interior de un proceso”*. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 618-2005-HC/TC. De igual manera, en otra emblemática sentencia, el Tribunal Constitucional expresó lo siguiente: *“este Tribunal reconoce la existencia implícita del derecho a ser juzgado en un plazo razonable en la Constitución, Cuarta Disposición Final y Transitoria que establece que las normas relativas a los derechos y libertades que se reconoce se interpreten de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú”*. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 618-2005-HC/TC, Fundamento 9. El plazo razonable no se refiere estrictamente a los plazos legales a que se halle sujeto cada proceso, sino al tiempo que razonablemente pueda durar el proceso teniendo en cuenta la situación jurídica material que exige tutela.

efectiva? No es posible imaginar un proceso sin efectividad –como tampoco es posible imaginar un proceso sin derecho de acción, sin derecho de defensa o sin cosa juzgada– porque estos principios son fines en si mismos. Son valores categóricos. Ninguno de estos principios es el resultado de una ponderación – como es el caso de la doble instancia– sino más bien principios constitucionales por su simple condición de tales. Son principios constitucionales porque sería impensable imaginar un proceso judicial con prescindencia de ellos. Un proceso judicial sin acción, imparcialidad, defensa, cosa juzgada o efectividad terminaría autodestruyéndose.

En ese sentido, consideramos que cuando una regla de derecho es el resultado de una ponderación no puede ser un principio constitucional. En todo caso, podría decirse que es una preciosa garantía que busca tutelar un principio constitucional, pero no un principio constitucional. Son cosas muy distintas. La doble instancia debe ser metida en este saco, no porque sea una preciosa garantía, sino porque es el resultado de una ponderación.

Es más, consideramos que la consagración de la doble instancia en el texto constitucional fue defectuosa. Se trata, en realidad, del corolario de una ponderación muy mal hecha. El constituyente colocó a un lado de la balanza la necesidad de eliminar el error judicial y, al otro, el derecho a un plazo razonable. Ciertamente los principios que se ponderaron son bienes constitucionales; sin embargo, la doble instancia, como defectuosa secuela de una ponderación, no lo es.

No dudamos de la buena intención del constituyente. La doble instancia es sin duda el resultado de buenas intenciones. No obstante, cuando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puede ser vulnerado, las buenas intenciones no son suficientes y hasta pueden ser peligrosas. En el presente caso, la ponderación se realizó de forma defectuosa porque si bien la necesidad de eliminar el error judicial es un fin constitucional, la doble instancia no es el mecanismo idóneo para lograrlo.

Ello se explica por el hecho que los vocales de segunda instancia son tan humanos como el Juez de primera instancia, con lo cual existe tanta posibilidad de que se equivoque la primera instancia como la segunda. Es más, como abundaremos más adelante, consideramos que el Juez de primera instancia se encuentra en mejor aptitud para fallar pues es el único que tiene inmediatez con las partes y contacto directo con los hechos.

Por el contrario, de lo que sí podemos estar seguros es que la doble instancia dilata el proceso, restringiendo, de esa manera, el derecho a un plazo razonable. Es más, la doble instancia no solo dilata el proceso, sino que naturalmente ahora son dos instancias las que no conocen los hechos y ambas necesitan del tiempo necesario para contar con elementos de juicio suficientes para dictar una sentencia.

La doble instancia nos coloca ante una situación dramática. Nos obliga a realizar un análisis costo-beneficio entre una presunta minimización del error o la inequívoca dilación del proceso que muchas veces termina por lapidar una

decisión oportuna. Ante esta situación trágica, el constituyente, al impregnar a la doble instancia en el texto constitucional, optó por desperdiciar el recurso más valioso: el tiempo¹⁴³.

En esa línea de criterio, el profesor Vescovi ha señalado con razón que es necesaria la búsqueda de un equilibrio entre autoridad y libertad, entre legalidad y justicia, por un lado, y celeridad, por otro¹⁴⁴.

Ahora bien, incluso en el supuesto hipotético en que concluyésemos que la doble instancia es un mecanismo idóneo para mitigar el riesgo de error judicial, la consagración de la doble instancia no supera el análisis de necesidad del test de proporcionalidad, puesto que existen alternativas menos gravosas a la consagración de la doble instancia que permitirían mitigar el riesgo de error judicial de forma más efectiva.

A manera de ejemplo, podría crearse una estructura de incentivos a fin de que personas capacitadas y éticas se sientan atraídas en ser Jueces o, en todo caso, podría diseñarse un mejor sistema de designación de Jueces. También podría invertirse en capacitaciones para los Jueces actuales. De cualquiera de estas formas se lograría mitigar el riesgo de error judicial de manera efectiva sin incurrir en la misma dimensión de costos que se derivan de la doble instancia.

¹⁴³ En el Common Law se les denomina como "tragic choices".

¹⁴⁴ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma, Buenos Aires, 1988, p. 26.

Sin perjuicio de lo anterior, reiterados autores han señalado que la doble instancia forma parte del contenido complejo de la tutela jurisdiccional efectiva. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente 0282-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que *“es bueno remarcar que el derecho a la pluralidad de instancias forma parte del contenido complejo de otro derecho fundamental, como lo es el debido proceso”*¹⁴⁵.

Por nuestra parte, no tenemos ningún reparo en afirmar categóricamente que la doble instancia no solo no es parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Debe tenerse en cuenta que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los particulares al proceso, sino va más allá de ello y exige la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada de forma oportuna¹⁴⁶.

No tenemos la menor duda que la existencia de la doble instancia restringe el derecho a un plazo razonable. No podría ser de otra manera, en tanto que su existencia implica por definición la dilación del proceso, lo que termina –con no

¹⁴⁵ Sentencia recaída en el Expediente 0282-2004-AA/TC. Por su parte, el profesor Alfaro ha señalado que *“no puede concebirse una tutela judicial efectiva si es que no se ha garantizado a las partes o mejor a las personas, la oportunidad de impugnar las resoluciones que considere le son desfavorables”*. ALFARO VALVERDE, Luis G. Ficción y realidad en torno a la garantía constitucional de la impugnación. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 91. En otra emblemática sentencia recaída en el Expediente 0282-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que *“el derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, con lo cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior y, de esa manera, permitir que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional”*¹⁴⁵. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0282-2004-AA/TC, Fundamento 4.

¹⁴⁶ *Ibíd*em, p. 281. Una sentencia que nos parece realmente relevante es la expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 615-1999-AA/TC en que se estableció: *“en ese sentido, el Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin que so pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional”*. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 615-1999-AA/TC.

poca frecuencia— por lapidar una decisión oportuna. Como dice el viejo refrán, justicia retrasada es justicia denegada.

Y es que claro, la existencia de la doble instancia significa no solo que tiene que desperdiciarse tiempo elevando el expediente judicial al grado superior, sino que tres vocales deben familiarizarse con los hechos nuevamente, deben realizar nuevas actuaciones procesales y deben esperar tanto tiempo como sea necesario para sentir que se encuentran en condiciones adecuadas para resolver el conflicto.

La situación se torna dramática si advertimos que muchas veces la existencia de la doble instancia no solamente restringe el derecho al plazo razonable, sino que convierte al proceso en un instrumento poco efectivo. Se olvida que los mecanismos de tutela que brinda el ordenamiento jurídico deben responder a la naturaleza de la pretensión. Es claro que con no poca frecuencia las pretensiones planteadas por los justiciables no toleran la duración de dos instancias.

Frente a esta realidad, resulta pertinente citar a Marinoni cuando señala que *“es correcto concluir que el doble grado no es sinónimo de mayor calidad de la prestación jurisdiccional y, cuando es visto como garantía de una de las partes, sustrae muchas cosas de la otra”*¹⁴⁷. Se debe impedir que la duración del

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 48.

proceso, como bien señala Marinoni, se convierta en una negación anticipada de tutela¹⁴⁸.

En este punto, es importante recordar que la demora del proceso aparta al jurisdicionado del Poder Judicial, pudiendo hacer surgir, inclusive, lo que Cappelletti denominó como fuga de la justicia estatal. Para que el ciudadano pueda tener sus derechos adecuadamente tutelados, y para que el Poder Judicial pueda atraer a la población, evitando la “litigiosidad contenida”, es necesario que los procedimientos sean estructurados de modo que permitan una tutela jurisdiccional efectiva¹⁴⁹.

Pues bien, pensamos –al igual que Marinoni– que el derecho a la duración razonable del proceso y el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, difícilmente podrán ser realizados en un sistema que exige, para la definición de todo y cualquier litigio, un juicio repetitivo sobre el derecho ya declarado¹⁵⁰.

En conclusión, en tanto secuela de una defectuosa ponderación entre el derecho a un plazo razonable y la necesidad de mitigar el riesgo de error judicial, consideramos que la doble instancia no es un principio constitucional.

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 607-2009-PA/TC del 15 de marzo de 2010.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 52.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 40.



CAPÍTULO IV:

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA DOBLE INSTANCIA



I. EL ERROR COMO RIESGO PERMITIDO

La posibilidad de que los Jueces se equivoquen es un riesgo aceptado universalmente. Así, tanto en el Derecho Internacional como en nuestro Derecho interno existen normas que reconocen expresamente el riesgo de error judicial. En ese sentido, el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –más conocida como Pacto de San José– expresa que *“toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”*.

De la misma manera, el artículo 139, inciso 7, de la Constitución del Perú prescribe que *“toda persona tiene derecho a la indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar”*. Finalmente, a nivel legislativo, la Ley 24973 creó el Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias, que tiene previsto indemnizar a las víctimas de errores judiciales¹⁵¹.

Si bien la indemnización por error judicial no es materia de análisis en el presente trabajo, mal que bien las referidas normas revelan que la posibilidad de que los Jueces se equivoquen –antes que un riesgo aceptado en los diversos sistemas jurídicos– es una realidad.

¹⁵¹ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *Indemnización por error judicial y detenciones arbitrarias: el caso Castro Acuña*. En: Temas de Derechos Fundamentales, <http://blog.pucp.edu.pe/item/161338/indemnizacion-por-error-judicial-y-detenciones-arbitrarias-el-caso-castro-acuna>, (Consulta: 30 de julio de 2013).

Podemos concluir así que el error es inherente a nuestra condición humana. Por consiguiente, el error judicial es un presupuesto del proceso. Errores en el proceso siempre van a haber. No podría ser de otra manera, pues quienes resuelven los conflictos son siempre seres humanos y estos, por definición, se equivocan¹⁵².

Entonces, ¿pueden los Jueces equivocarse? Claro que sí. Es más, se equivocan constantemente y para nuestra desgracia, lo sabemos. Pero lo peor no se ha dicho: no solo lo sabemos, sino que no podemos hacer nada para evitarlo. En ese sentido, podemos entender que el “error judicial” representa la “asunción de un riesgo” o, dicho de otra manera, un riesgo permitido.

¿Qué es un riesgo permitido? Es una teoría que, si bien extraída del Derecho Penal, puede ser aplicada a otras instituciones. Al respecto, el profesor Bacigalupo ha señalado que *“en la vida social moderna el riesgo de la producción de lesiones de bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización de la misma. Puede hablarse, en consecuencia, de un riesgo permitido, es decir, de la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos”*¹⁵³.

De la misma manera, el profesor Medina Frisancho ha señalado que el fundamento de la teoría del “riesgo permitido” *“reside en los riesgos ínsitos en*

¹⁵² Bien ha dicho Ragués I Vallés que en toda apreciación judicial de la prueba existe un riesgo de equivocación que no desaparece por mucho que se le prohíba al juez reconocerlo en su sentencia. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada*. En: http://books.google.com.pe/books?id=uAXVTDSM_PYC&pg=PA148&lpg=PA148&dq=Riesgo+permitido+error+judicial&source=bl&ots=dtyD1M_pfR&sig=oe0acvySGtXnBzMxd-mZVendImk&hl=es-419&sa=X&ei=izv9UeLaCpCyigK-kIGoDQ&ved=0CCsQ6AEwAA#v=onepage&q=Riesgo%20permitido%20error%20judicial&f=false (Consulta: 3 de agosto de 2013).

¹⁵³ BACIGALUPO Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Temis, Bogotá, 1996, p. 215.

toda interacción social, por más cotidiana o inofensiva que ésta parezca. Por ello, es acertado afirmar que una sociedad sin riesgos no es posible y que, sin embargo, no por tal razón se plantea siquiera la posibilidad de renunciar a ella o a la realización de algunas actividades que, aunque riesgosas, son necesarias para la convivencia y el funcionamiento de la sociedad actual”¹⁵⁴.

En la misma línea de criterio, el profesor Esteve Pardo ha expresado que *“la conclusión y la premisa que ineludiblemente se alcanza es que existe un riesgo permitido con el que necesariamente ha de convivir la sociedad actual. De lo que se trata entonces es que esa sociedad sea consciente y decida sobre el tipo y nivel de riesgo que asume. El objetivo no puede ser ya el riesgo cero: hay un margen de riesgo inevitable que se acepta. Este, ha de ser, precisamente, el riesgo permitido”¹⁵⁵.*

Finalmente, hay autores que ya han anunciado expresamente que el “error judicial” –en su perspectiva– es un riesgo permitido. Por ejemplo, Ragués I Vallés ha expuesto lo siguiente:

“Otros planteamientos recurren a la idea –tomada de la teoría de la imputación objetiva– del riesgo de error judicial como riesgo permitido, cuya asunción es necesaria para la preservación social”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MEDINA FRISANCHO, José Luis. La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf (Consulta: 3 de agosto de 2013).

¹⁵⁵ PARDO, J. Esteve. *La intervención preventiva en el medio ambiente y la salud pública*. En: REDA 119, p. 15.

¹⁵⁶ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada*. En: http://books.google.com.pe/books?id=uAXVTDSM_PYC&pg=PA148&lpg=PA148&dq=Riesgo+permitido+error+judicial&source=bl&ots=dtyD1M_pfR&sig=oe0acvySGtXnBzMxd-mZVendImk&hl=es-419&sa=X&ei=lzv9UeLaCpCyigK-kIGoDQ&ved=0CCsQ6AEwAA#v=onepage&q=Riesgo%20permitido%20error%20judicial&f=false (Consulta: 3 de agosto de 2013).

Como se puede apreciar, la teoría del “riesgo permitido” parte de la premisa que en la vida social moderna se puede tolerar –dentro de ciertos límites– la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos.

En tal sentido, desde nuestra perspectiva, el “error judicial” es un riesgo que entraña peligros para bienes jurídicos en tanto puede suponer por definición la restricción de derechos del legítimo titular y, consecuentemente, el amparo del incumplidor. Sin embargo, el error judicial es tolerado por nuestro sistema jurídico¹⁵⁷. ¿Por qué es tolerado? Pensamos que ello es así por las significativas ventajas que ha generado para la vida social.

Hoy en día, ciertamente, sería impensable que ante el surgimiento de un conflicto intersubjetivo de intereses, se acuda a la autotutela¹⁵⁸. Nos hemos desistido de dicha posibilidad por las grandes ventajas que implica su prohibición. ¿De qué ventajas estamos hablando? Pues, en principio, de las ventajas que se derivan de prohibición de la defensa por propia mano: (i) la seguridad jurídica; y (ii) la posibilidad de vivir en paz social en justicia¹⁵⁹.

Lo cierto es que –tal como lo señala Esteve Prado– actuar sobre un riesgo conlleva con no poca frecuencia la generación de otro, un riesgo que se espera

¹⁵⁷ La actividad jurisdiccional entraña por definición peligro para bienes jurídicos porque la resolución de los conflictos implican con frecuencia un substancial riesgo para bienes jurídicos como la libertad, propiedad, reputación, vida privada, etcétera. Y si tenemos en claro que el error judicial es un riesgo ínsito a la actividad jurisdiccional, es evidente que es totalmente factible que mediante una sentencia los jueces dispongan de la libertad o de la propiedad de un sujeto de forma equivocada. Por lo expuesto, consideramos que el error judicial es un riesgo que entraña peligros para bienes jurídicos.

¹⁵⁸ Entendemos por defensa de propia mano aquellos actos correspondientes a un período de la evolución histórica de la humanidad, con los que el hombre resolvía sus problemas o conflictos con otro, mediante el uso exclusivo de la fuerza.

¹⁵⁹ Coincidentemente según el Economic Freedom of the World Annual Report del año 2002, la seguridad jurídica y la clara definición de derechos de propiedad (lo que definitivamente se vincula con la paz social) lograda a través de un servicio de justicia independiente y eficiente, se impregnan como los principales motores del desarrollo.

sea menor que el que se combate¹⁶⁰. Así, la prohibición de la defensa por propia mano conllevó la creación de un nuevo riesgo. Supuso que sea un ser humano el que resuelva los conflictos de intereses, y si ello es así, esta realidad debe aceptarse junto con todos los costos que implica, dentro de los cuales se encuentra la posibilidad de “error”.

En relación a este punto, el profesor Mosset Iturraspe ha señalado que es posible que nos sorprenda la consideración de que el proceder de los Jueces puede ser dañino. Su misión es la de administrar justicia, aplicar las leyes a los casos de controversias entre particulares. Ahora bien, la tarea es cumplida por hombres que incurrir en defectos de conducta, cometen errores e incluso puede ocurrir que intencionalmente algún Juez perjudique a alguien¹⁶¹. Como se puede apreciar, el “error judicial” se presenta como un riesgo menos significativo que el estado de naturaleza, pero riesgo al fin y al cabo¹⁶².

Como no es difícil advertir, cuando se depositó en un tercero la solución de los conflictos, se consintió la posibilidad de que los Jueces se equivoquen. Dicho de otra manera, el “error” en el proceso fue el costo que los seres humanos asumimos a fin de poder convivir en paz social en justicia y dejar de lado el estado primitivo que prevalecía hasta entonces en que se imponía el más fuerte.

¹⁶⁰ PARDO, J. Esteve. *La intervención preventiva en el medio ambiente y la salud pública*. En: REDA 119, p. 15.

¹⁶¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El error judicial*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 18.

¹⁶² El profesor Reynaldo Bustamante expone la situación descrita señalando que “cuando el ser humano descubrió que el uso de la acción directa –la justicia por propia mano– para solucionar sus conflictos lo llevaría a la destrucción, confió en manos de un tercero su solución. En un primer momento, tal tercero pudo ser el jefe de la tribu, el sacerdote, el monarca, etc., para después, en la sociedad contemporánea, ser el Estado el llamado a cumplir tal función”. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara: Lima, 2001, p. 74-75.

Al respecto, Esteve Prado ha señalado que *“la primera condicionante deriva de la propia secuencia del riesgo que supone el alejamiento de la situación natural contra la que se actuó en un momento. No es posible el retorno a ese estado primitivo para enfrentarse de nuevo a los acuciantes peligros naturales hace tiempo superados”*.

Estando a lo expuesto, conviene indagar cuáles son los mecanismos diseñados por los sistemas jurídicos para mitigar el riesgo de error judicial. Los diversos ordenamientos jurídicos han decidido lidiar contra esta contingencia diseñando una cadena de revisiones con el propósito de subsanar los errores que pudieran –muchas veces con frecuencia– cometer los Jueces.

En tal sentido, en nuestra Constitución Política se ha previsto a la doble instancia como principio constitucional con el propósito de mitigar el riesgo de error¹⁶³. En ese sentido, Solé Riera ha expresado lo siguiente:

“La falibilidad humana y la idea de un posible error en la resolución judicial, condicionan la existencia de los recursos y del segundo grado de la jurisdicción en lo que de examen sobre la corrección y regularidad de la resolución dictada por el juez de instancia supone la apelación. Dadas las imperfecciones del conocimiento humano, todo fallo puede ser desacertado o injusto; cuando ello sucede, al Estado le interesa rectificar su pronunciamiento, confiando la decisión a un órgano que ofrezca mayores garantías de acierto, y por ende, tendente a mantener la

¹⁶³ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 25.

confianza en la Administración de Justicia. (...) Ambos intereses, el del Estado por una parte, y el del particular afectado, por otra, encuentran cabida en el principio del doble grado de jurisdicción, por cuanto la segunda instancia supone un nuevo juicio sobre el material, alegaciones y pruebas (...)”¹⁶⁴.

Como se puede apreciar, el Derecho Constitucional busca brindar a los justiciables una garantía de revisión con el propósito de minimizar o, si ello fuese posible, eliminar el riesgo de error judicial. A esta garantía –como ya hemos mencionado –se le conoce como doble instancia y consiste en conferírle a un órgano colegiado la posibilidad de revisar el fallo del Juez de primer grado¹⁶⁵.

En ese sentido, el profesor Devis Echandía ha señalado que *“por apelación se entiende el recurso ante el superior para que revise la providencia del superior y corrija sus errores”¹⁶⁶*. De igual manera, el jurista Enrique Falcón explica que *“el recurso de apelación, es un medio de impugnación que tiene la parte para atacar las resoluciones judiciales, con el objeto de que el superior las revoque total o parcialmente, por haber incurrido el juez, en un error de juzgamiento”¹⁶⁷*.

Bajo ese marco, se puede advertir que se piensa que mientras más veces se revisen las sentencias, menos posibilidades de “error” habrá. La doble instancia

¹⁶⁴ SOLÉ RIERA, Jaume. *Recurso de apelación*. En: Revista peruana de derecho procesal N° 2, p. 577.

¹⁶⁵ Sobre este punto, se ha señalado que *“la finalidad del recurso de apelación es alcanzar no sólo la rectificación de los errores del tribunal inferior, tanto respecto de los hechos como del derecho, sino el logro de una resolución de la controversia totalmente nueva, mediante prosecución y renovación del debate y el ius novorum; es decir, la admisibilidad, en principio, de nuevos medios de ataque y defensa”*. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955, p. 351.

¹⁶⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 637.

¹⁶⁷ FALCÓN, Enrique. *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 291-292.

se presenta entonces como una institución finalista que pretende eliminar el riesgo de error judicial.

Por su parte, el profesor Solé Riera ha expresado lo siguiente:

“El fundamento del principio de la doble instancia en el proceso civil aparece íntimamente ligado con respecto a cuál sea la propia necesidad de establecer un sistema de recursos. Así, la falibilidad y la idea de un posible error en la resolución judicial, condicionan la existencia de los recursos y del segundo grado de la jurisdicción, en lo que de examen sobre la corrección y regularidad de la resolución dictada por el juez de instancia supone la apelación”¹⁶⁸.

No obstante, desde nuestro punto de vista –y como tendremos la oportunidad de demostrar– la doble instancia es una respuesta apresurada a efectos de mitigar el riesgo de error judicial. Dicho de otra manera, la doble instancia refleja la prepotente ambición de que se elimine el riesgo de error judicial. Esta es una tarea imposible, en tanto “errores” van a haber siempre. El error es –reiteramos– un riesgo permitido.

II. EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

¹⁶⁸ SOLE RIERA, Jaime. *Recurso de apelación*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1998, p. 577. Asimismo, el profesor Hinostroza Mínguez ha señalado que “la instancia plural o principio de doble instancia o del doble grado de jurisdicción obedece a una concepción política encaminada a disminuir la posibilidad de error judicial. A través de la instancia plural se obtiene una mayor seguridad jurídica con el control que ejercen los diferentes órganos jurisdiccionales. La instancia plural es, pues, una garantía de una mejor justicia”. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El recurso de apelación*. Gaceta Jurídica, Lima 2008, p. 13.

No hay mejor evidencia de que el “error” es un riesgo permitido para el Derecho que la regulación del recurso de anulación de laudo en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje. Este recurso no busca corregir los errores de hecho y de derecho, sino que se limita a controlar las arbitrariedades en que pudiesen haber recaído los árbitros. Así, a la luz del arbitraje, el error de hecho y de derecho es siempre posible y no se ha creado absolutamente ningún mecanismo para contrarrestar dicha posibilidad.

Como es fácil advertir, en el marco de un proceso arbitral, los árbitros se pueden equivocar y no hay consecuencia legal que sancione el error y, ni siquiera, que lo contrarreste. Lo que es peor aun, los árbitros se equivocan constantemente y no podemos hacer nada para evitarlo.

Como se puede apreciar, el recurso de anulación no ha abierto la puerta a los errores de hecho o de derecho en que puede haber recaído los árbitros. Si es que una de las partes de un proceso arbitral ha sido notificada con un laudo desfavorable y piensa que los árbitros se equivocaron, entonces tiene las puertas cerradas. El laudo es eficaz y debe ser ejecutado. El error de hecho o de derecho en un proceso arbitral no tiene remedio. Ello por una razón muy sencilla: el error es un riesgo permitido.

Claro que como se expresará con más profundidad en capítulos posteriores, lo expuesto no implica que la actividad de los árbitros se encuentre exenta de control. Todo lo contrario, la anulación de laudo es precisamente un mecanismo de control que se limita exclusivamente a conjurar las

arbitrariedades en que pueden recaer los árbitros, pero no implica un segundo pronunciamiento de los hechos y el derecho.

En tal sentido, en el arbitraje solo existe un pronunciamiento sobre los hechos y el derecho, punto. El legislador ha sido concluyente al establecer que el recurso de anulación de laudo no implica una nueva revisión sobre el fondo del asunto. Esto por una razón muy sencilla: en el arbitraje se admite que el error es un riesgo permitido.

Pensamos que la regulación del recurso de anulación de laudo en el arbitraje es la más apropiada. Consideramos que no hay ninguna razón de peso por la cual se deba someter a revisión el fondo de la controversia. Basta y sobra con articular un mecanismo que evite el abuso y controle el potencial exceso de poder de los árbitros, pero no hay necesidad de que esta revisión sea muy amplia.

Así, como se abordará a detalle en los siguientes capítulos, es saludable que se preservan condiciones y que se controle el exceso de poder. Qué duda cabe, en el arbitraje tiene que existir necesariamente algún mecanismo de control¹⁶⁹. En ese sentido, pensamos que la necesidad de una revisión de condiciones mínimas es mandatoria.

¿Cuáles son esas condiciones mínimas? Son las causales taxativas que se encuentran reguladas en el artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de

¹⁶⁹ REISMAN, Michael. *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration – Breakdown and Repair*, Duke University Press, 1992, p. 1. Any restricted delegation of power must have some system of control.

Arbitraje. El artículo 63 del recurso de anulación de laudo recoge cada una de dichas causales, en los siguientes términos:

“Artículo 63.- Causales de anulación.

El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.*
- b. Que una de las partes no ha 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 este Decreto Legislativo 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 este Decreto Legislativo.*
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.*
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un 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”.*

Si se analiza por separado cada una de las causales de anulación que prevé el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, podrá advertirse que el legislador ha especificado textualmente las razones por las cuales se puede interponer el recurso de anulación de laudo.

Como no es difícil advertir, el pronunciamiento de los árbitros con respecto a los hechos y al derecho es cosa juzgada. Visto así, ninguna de las causales enumeradas tiene como propósito revisar el fondo de la controversia. Todo lo contrario: las causales expuestas resguardan cuestiones fundamentales y tienen como propósito conjurar las arbitrariedades que puedan cometer los árbitros.

Teniendo ello en cuenta, consideramos que no hay ninguna razón lo suficientemente concluyente que nos permita colegir que la doble instancia tiene razón de ser en el proceso judicial, pero no en el proceso arbitral. En ambos casos, el error debe ser un riesgo permitido y, en consecuencia, la doble instancia debe desacralizarse.

Lo que es más, resulta atrevido afirmar que la existencia de la doble instancia en el proceso judicial elimina el riesgo de error judicial, puesto que quienes resuelven los conflictos en primera y segunda instancia son siempre seres humanos y éstos, por definición, se equivocan. Podrían crearse diez instancias y la posibilidad de que se equivoque la décima instancia sigue siendo la misma que la de la primera. El error sigue siendo un riesgo permitido.

Por lo expuesto, pensamos que en el proceso judicial debiese adoptarse la alternativa por la que el legislador optó con respecto a la regulación del recurso de anulación de laudo en el Decreto Legislativo N° 071, Ley de Arbitraje. Cualquier recurso que se consagre en el ámbito judicial debe limitarse a garantizar condiciones mínimas, esto es, resguardar ciertas cuestiones fundamentales con el propósito de controlar la actividad de los Jueces.

Por lo demás, pensamos que el recurso de anulación de laudo es el más nítido ejemplo de que para el Derecho el error es un riesgo permitido.

III. PRESUNTA MINIMIZACIÓN DE LOS COSTOS DE ERROR

¿Cuál es el problema de la doble instancia? Pues se deja de lado que quienes revisan son también seres humanos, tan humanos como el de primera instancia, con lo que es perfectamente posible (como ocurre con cierta frecuencia) que la primera instancia haya dictado una sentencia correcta y la

segunda instancia sea quien se equivoque¹⁷⁰. La doble instancia no minimiza los costos de error.

Podemos apreciar entonces que la doble instancia es una respuesta a la falibilidad humana. No obstante, si estamos de acuerdo en que ello es así, no resiste el menor análisis que quienes revisen sean también humanos, quienes son tan falibles como el de primera instancia.

Al respecto, el profesor Mosset Iturraspe ha expresado lo siguiente:

“Es verdad de Perogrullo que los jueces son hombres y que nadie escapa o está exento del error de sus actos; de donde la tesis “negadora del error”, o parte de la consideración de un juez-Dios o superhombre o, lo cual es también muy malo, de pensar que es Derecho “cualquier cosa”, que da lo mismo esto aquellos o bien que el juez es una especie de santón que convierte en Derecho “todo lo que dice” o aplica”.

Aceptar que “el hombre-juez” dice la verdad no es cosa sencilla. Nadie cree ya en la iluminación con base en la “soberanía popular” como tampoco en la “ciencia infusa” ni en el abogado “haragán” que se volvió, de la noche a la mañana”, en “juez sabio”¹⁷¹.

De igual manera, el profesor Calamandrei se ha expresado con las mismas palabras:

¹⁷⁰ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 408.

¹⁷¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El error judicial*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 10.

“No es honesto refugiarse atrás de la cómoda frase acerca de que la magistratura es superior a toda crítica y a toda sospecha, como si los magistrados fuesen criaturas sobrehumanas, no tocados por la miseria de esta tierra y, por lo tanto, intangibles”¹⁷².

Pensamos –al igual que Priori– que la desesperada búsqueda de una supuesta justicia basada en la corrección de las resoluciones, es decir, en la insaciable búsqueda de decisiones infalibles (aunque en el fondo uno sea consciente de que llegar a ellas es imposible), ha terminado por lapidar una decisión oportuna y efectiva y, en consecuencia, por matar a la justicia¹⁷³. Es evidente pues que la doble instancia no minimiza los costos de error y, si lo hiciera, sustraería muchas otras cosas.

Al respecto, el profesor Priori ha expresado que *“la diferencia es que el ser humano solo puede garantizar una justicia pronta y oportuna, pues eso sí está a su alcance, pero no una decisión correcta, pues ningún humano podría garantizar ello”¹⁷⁴.*

En ese sentido, surge una interrogante precisa: ¿por qué nos esmeramos tanto por eliminar el riesgo de error judicial? Sabemos que no es posible y aun así insistimos en la revisión de los fallos. Entonces la propuesta de la presente tesis es ponderar. Por un lado, no tenemos la certeza –ni medianamente– que

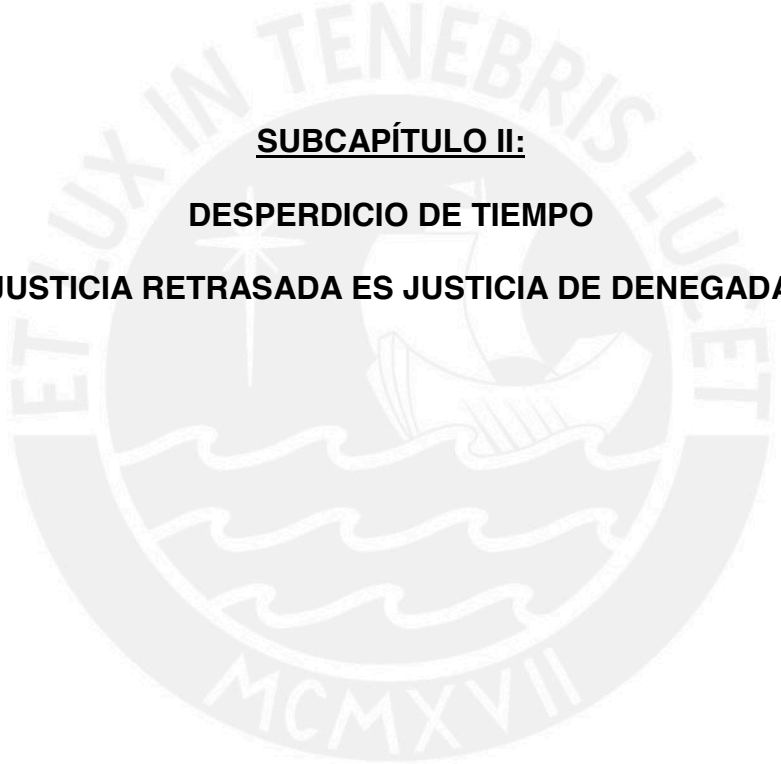
¹⁷² CALAMANDREI, Piero. *Elogio del juez por un abogado*.

¹⁷³ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 407.

¹⁷⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 405.

los vocales de segunda instancia corregirán los fallos. Sin embargo, por el otro lado, sabemos con precisión que la consagración de la doble instancia supone la dilación del proceso a tal extremo en que muchas veces se hace imposible que la decisión sea efectiva. ¿No se trata de un discurso contradictorio? ¿No debería repensarse esta institución? ¿Dónde queda la efectividad? Estas son algunas de las preguntas que hasta el día de hoy han quedado sin respuesta. Por lo demás, consideramos que no hay ninguna razón de peso por la cual debamos concluir que la doble instancia minimiza los costos de error.





SUBCAPÍTULO II:
DESPERDICIO DE TIEMPO
JUSTICIA RETRASADA ES JUSTICIA DE DENEGADA

I. ANÁLISIS MARGINAL DEL PROCESO

¿Cuánto deben durar los procesos? Según Cavani Brain *“el proceso debe durar lo que tenga que durar”*¹⁷⁵. Pero esa respuesta implica empotrarse con una pared. Un proceso nunca debe durar lo que debe de durar sino lo que el derecho material se lo permite. Qué duda cabe, muchas veces –en realidad la mayor parte de las veces– el derecho material no permite dos instancias.

Afirmar que el proceso debe durar lo que debe de durar es desconocer la teoría económica. Para tener una cabal comprensión acerca de cuanto deben durar los procesos se debe entender la teoría del análisis marginal que tanto suelen obviar los abogados. Según la teoría de la utilidad marginal a cada unidad se le asigna un valor en relación a la escasez.

Al respecto, el profesor Benegas Lynch explica la teoría de utilidad marginal en las siguientes palabras:

“Esta última unidad se denomina marginal puesto que se encuentra en el margen y la satisfacción que provee esa unidad marginal se denomina utilidad de la unidad marginal o, simplemente, utilidad marginal. Por ende, ceteris paribus, cuanto mayor la cantidad del bien del mismo tipo su utilidad marginal decrecerá y cuanto menor la cantidad del bien del mismo tipo aumentará la utilidad marginal. De lo anterior se desprende que el valor de un bien está determinado por su utilidad marginal, lo cual se

¹⁷⁵ CAVANI BRAIN, Renzo. Breve coloquio sobre el doble grado y la nulidad procesal. En: <http://afojascero.wordpress.com/2012/01/09/breve-coloquio-sobre-el-doble-grado-y-la-nulidad-procesal/> (consulta: 10 de noviembre de 2012).

denomina “ley de la utilidad marginal” que, como hemos mencionado, constituye una implicancia lógica de la acción humana. Todos los deseos que el individuo piensa satisfacer los ordena en su escala de valores según su utilidad marginal aun tratándose de bienes heterogéneos”¹⁷⁶.

En el marco de un proceso es de perfecta aplicación la teoría del análisis marginal¹⁷⁷. La necesidad de que el proceso tome tiempo está en que el Juez no conoce los hechos. Por ello es necesario dar un espacio a las partes a fin de que tengan la oportunidad de que introduzcan sus alegaciones y puedan probarlas, período en el cual se deben respetar mínimas garantías.

¿Y en base a que se mide la utilidad marginal? Ciertamente al período necesario y suficiente que necesita el Juez para tener una comprensión cabal de los hechos, pero sobre todo en relación al derecho material. El Juez no puede darse el lujo de contar con todos los elementos de juicio para sentenciar porque quizá sea demasiado tarde. Ese es quizá el problema: el tiempo del proceso está siempre en relación al derecho material que reclama por tutela.

Pero se ha perdido la perspectiva. Ciertamente se puede lograr un proceso perfecto, pero éste al fin y al cabo puede terminar no sirviendo de nada. Así, un proceso que respete al pie de la letra todas las garantías pero que le dé la espalda al derecho material, es un proceso antifuncional. Si ello sucede así, el proceso se desinstrumentaliza.

¹⁷⁶ BENEGAS LYNCH, Alberto. *Fundamentos de Análisis Económico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, Undécima Edición. pp. 63 y ss.

¹⁷⁷ El mismo principio, visto de una cara de la moneda, se conoce como la teoría de los rendimientos decrecientes. Según este principio “cada unidad adicional del recurso genera un incremento en el beneficio, pero que llegado un punto el rendimiento de cada unidad adicional del recurso genera un beneficio menor a la unidad anterior. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *El sistema de responsabilidad civil extracontractual*. En: Derecho y Economía, Análisis económico de las instituciones legales, Parte V, Sección 1, p. 704.

El proceso ciertamente debe procurar a la verdad material. Sin embargo, si la búsqueda de la verdad se vuelve muy costosa, el Juez debe sentenciar. Lo trascendente, a efectos de otorgar seguridad jurídica, no es necesariamente que las decisiones se ajusten a la verdad material, sino que los conflictos de intereses confluyan en una decisión arreglada a derecho de forma oportuna¹⁷⁸.

Entonces démosle un giro copernicano a la frase: *“el proceso debe durar lo que tiene que durar”*, se trata más bien del límite de tiempo que la pretensión puede esperar. Se olvida la otra cara de la moneda. Si el proceso dura lo que tiene que durar, quizá sea muy tarde. Estaríamos hablando, en efecto, de una prestación jurisdiccional de suma calidad que a fin de cuentas termina por no servir de nada. Como bien señalan Pasquel y Bayly *“llega un momento en que los costos de aplicar de manera efectiva el derecho son mayores que sus beneficios”*¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Sobre este punto, en un comentario a un artículo reciente precisé lo siguiente: *“Quizá no lo hayas logrado comprender: ¿por qué la carga de la prueba? La carga de la prueba, según Cabrera Acosta, tiene dos acepciones: una subjetiva y otra objetiva. La más importante, precisa Devis Echandía, es la carga de la prueba objetiva. Esta institución está recogida en el artículo 200 del Código Procesal Civil, inconstitucional por cierto, que precisa que si el demandante no acredita las alegaciones que sustentan su pretensión, la demanda debe ser declarada infundada. En otras palabras, esta institución le indica al juez como debe de fallar en caso no haya adquirido convicción porque, como sabrás, los jueces no pueden expedir una sentencia non liquet como ocurría en Roma. Es un derecho de las partes, exigible claro está, el que no se emita una sentencia inhibitoria. Y es que, repito, el debe proceso terminar. Quizá injustamente (arimándome a tus términos), pero el legislador se ha percatado acertadamente que preferible es que el conflicto de intereses sea resuelto oportunamente en base a la carga de la prueba a que no termine nunca, apuntalando una presunta efectividad calificada del proceso. Debieses –estimado amigo- tener más en cuenta la máxima que compartí en mi exposición: justicia retrasada es justicia denegada. La carga de la prueba subjetiva y esto lo señala Giovanni en sus clases, no vale por sí misma. En realidad no es más que un acto reflejo que se desprende de la acepción objetiva. Habiéndose delimitado la potestad de los jueces al momento de sentenciar en base a la carga de la prueba objetiva, las partes saben que es lo que les conviene probar. Por ello, la carga de la prueba objetiva no es nada más que eso, una carga en la acepción civil de la palabra. Si eres minucioso, te percatarás que en este caso el legislador en el fondo ha ponderado la seguridad jurídica y a tu entender, la justicia, y ha preferido a la seguridad jurídica: los conflictos deben terminar. La justicia finalmente cedió”*. NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES, Fabio. *La efectividad del nunca jamás: desacralicemos la doble instancia*. En: <http://enfocodederecho.com/de-la-efectividad-del-nunca-jamas-desacralicemos-la-doble-instancia/> (Consulta: 13 de noviembre de 2012).

¹⁷⁹ PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: THEMIS N° 46, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 316.

Se debe atender más al tiempo que el derecho material puede esperar que al tiempo que el proceso tiene que durar. Finalmente este último tiene su razón de ser en aquel. El proceso debe tener una duración razonable, pero en la ecuación no debemos olvidar nunca al derecho material. Eso es lo sustancial. Eso es lo que es objeto de tutela.

En ese sentido, el profesor Priori ha resaltado la finalidad del proceso en los siguientes términos:

“En la denominación del derecho está su real alcance y contenido que no se logra extraer de la denominación “debido proceso”, denominación que pone énfasis en el instrumento, antes que en la finalidad; que se preocupa del medio, antes que del resultado. Lo trascendente es que el medio sea adecuado para alcanzar el resultado. No que el medio se respete sin importar el resultado”¹⁸⁰.

Es en base a esta efectividad que se debe determinar cuánto deben durar los procesos. Si existe la posibilidad de que debido a la dilación de un proceso no se alcance la efectividad, entonces sin margen de duda alguna garantía se debe restringir. Pero nunca puede ser la efectividad la que se sacrifique, puesto que el proceso pierde sentido. Deja de cumplir una función en el sistema¹⁸¹.

¹⁸⁰ PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación del proceso*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 26, p. 278.

¹⁸¹ Se debe tener en cuenta que la configuración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional en el ordenamiento jurídico peruano es incuestionable debido a su expreso reconocimiento en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución de 1993 que señala textualmente lo siguiente:

*“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...).*

En este contexto, debemos repensar el proceso. Si el proceso debe apuntar al derecho material y a la efectividad del proceso, existen garantías que el proceso no puede tolerar. Y es que, vale la pena reiterarlo, el proceso debe terminar, el conflicto debe resolverse y la sentencia debe ser efectiva en la realidad.

Es aquí donde nos tropezamos con la doble instancia. En efecto, la doble instancia apunta a una dirección diametralmente opuesta. Mientras la efectividad exige celeridad, la doble instancia promete dilación. Mientras la efectividad atiende al derecho material, la doble instancia atiende al propio proceso¹⁸². Mientras la efectividad exige que el proceso debe acabar, la doble instancia asegura que el proceso durará algunos años más¹⁸³.

El problema es que si realizamos un análisis marginal y llegamos a la conclusión que el proceso debe durar lo que el derecho material se lo permita, quizá debiésemos advertir que— visto en abstracto— el derecho material no permite dos instancias. Quizá dos instancias es demasiado. Quizá el beneficio

¹⁸² Esa es la diferencia entre los términos “debido proceso” y “tutela jurisdiccional efectiva”. Mientras el “debido proceso” tiene una visión introvertida, la “tutela jurisdiccional efectiva” tiene una visión extrovertida. Al respecto, Priori ha señalado que “el énfasis puesto en la propia designación del debido proceso está en el proceso mismo y no en la tutela que el brinda. La noción de tutela jurisdiccional responde más a esa necesidad de que el proceso cumpla realmente los fines a los que está llamado a cumplir”. PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación del proceso*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 26, p. 279.

¹⁸³ La importancia del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales ha sido recogida en una sentencia emblemática del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 615-1999-AA/TC en que se establece expresamente lo siguiente: “En ese sentido, el Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconociendo en el inciso del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin que so pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional”. Acerca de la sentencia materia de análisis el profesor Priori ha señalado que “resulta pues manifiesta la expresión de nuestro máximo intérprete de la Constitución de que los derechos necesitan ser efectivos y que para ello se requiere de la protección jurisdiccional de los mismos, de ahí que la Constitución haya reconocido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales cuyo reconocimiento, como lo sostiene la propia sentencia es consustancia al sistema democrático”. PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación del proceso*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 26, p. 278.

que reporta contar con dos instancias no es lo suficientemente significativo en comparación a los costos sociales que se generan.

Debe advertirse que la doble instancia no solo dilata el proceso, sino que ahora son dos instancias las que deben realizar un análisis marginal¹⁸⁴. Es decir, ahora son dos instancias las que no conocen los hechos y ambas necesitan del tiempo necesario para contar con elementos de juicio suficientes para dictar un fallo. No de cualquier fallo, sino uno arreglado a derecho y digno de ser efectivo.

El problema se puede analizar desde dos aristas. La primera es que muchas veces la existencia de una segunda instancia es totalmente perversa, llegando al punto en que es el propio diseño del proceso y, en concreto, la consagración de la doble instancia, la que termina vulnerando derechos.

El segundo problema se aprecia en aquellas ocasiones en que los vocales advierten que deben sentenciar porque de no hacerlo, el daño al derecho material puede tornarse irreparable. Así, podría suceder que mientras se está tramitando el proceso en segunda instancia, los vocales adviertan que el conflicto debe resolverse inmediatamente porque la pretensión no puede

¹⁸⁴ En efecto, en un proceso la escasez en relación con la utilidad se evidencia en la poca información con la que cuenta el Juez acerca de los hechos que motivaron el conflicto. No podría ser de otra manera, el principio *iura novit curia* expresa, entre otras cosas, que el juez no conoce los hechos y, por otra parte, que está prohibido el conocimiento privado del juez. Conforme pasa el tiempo y el Juez va conociendo en mayor medida los hechos del caso, la utilidad marginal va decreciendo hasta que llegado determinado momento el beneficio marginal de proseguir con el proceso es igual al costo marginal. En este caso concreto con un punto de equilibrio. Esta finalidad se evidencia en el ejemplo propuesto por Cooter y Ulen que coloca un supuesto hipotético en que el juez cuenta con información perfecta: *“como experimento mental, imaginemos un tribunal independiente que posee una información perfecta acerca de los hechos y el derecho para todos los casos que debe decidir. Este tribunal no cometerá errores jamás; toma las decisiones ideales en relación con el derecho existente. Llamaremos a tal decisión el fallo con la información perfecta”*¹⁸⁴. COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1969, p. 477. En otras palabras, en aplicación de la teoría de los rendimientos decrecientes, el proceso debe durar hasta el punto en que la unidad adicional que se deriva del esfuerzo que realizan los jueces al tramitar el proceso es positiva. Apenas se convierte negativa, el juez debe sentenciar porque a grandes rasgos se le está restando calidad al proceso. Si el proceso está siguiendo su curso y el tiempo no le reporta al juez ningún beneficio, pues qué sentido tiene que el proceso continúe.

esperar, a pesar de ser conscientes que aún no se encuentran en condiciones de resolver la controversia.

Estando a lo expuesto, podemos advertir que, visto en abstracto, si fuésemos constituyentes y realizásemos un análisis marginal del proceso, podríamos llegar a la conclusión que en muchos casos las pretensiones que reclaman por tutela no toleran dos instancias. En estos casos, a pesar que es claro que la pretensión puede esperar, el constituyente ha prescrito que deben haber siempre dos instancias.

El principio de efectividad es el que legitima al ordenamiento jurídico¹⁸⁵. Si el mecanismo diseñado para garantizar que las normas se cumplan no es efectivo, entonces es de esperar que los particulares pierdan confianza en el sistema jurídico¹⁸⁶. Esto genera un significativo costo social al que la doble instancia contribuye¹⁸⁷.

¹⁸⁵ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. La norma giuridica e i soggetti*. Milán: Giuffrè, 1990. P. 26-27. Cit. Por: PRIORI, Giovanni. *La efectividad de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. Para entender que se entiende por efectividad del ordenamiento jurídico se hace preciso recurrir a Hans Kelsen para quien "la validez de un ordenamiento jurídico que regula el comportamiento de determinados hombres, se encuentra con una segura relación de dependencia con el hecho que el comportamiento real de estos hombres corresponde al ordenamiento jurídico o también, como se suele decir, a su eficacia". KELSEN, Hans. *La doctrina pura del Derecho*. Turín, 1956, p. 77.

¹⁸⁶ En efecto, en una sociedad se dictan normas con la finalidad de asegurar a las personas la satisfacción pacífica de sus diversas necesidades otorgando, para ello, diversas situaciones jurídicas a los particulares en función de una elección entre los dos intereses en conflicto, que concluye con la opción de tutelar uno de ellos. Pero suele suceder que los particulares no cumplan espontáneamente las normas, lo que exige la existencia de un mecanismo que asegure que los particulares adecuarán sus conductas al Derecho objetivo. Aquí es donde surge la importancia del principio de la efectividad del ordenamiento jurídico. En efecto, un ordenamiento jurídico sólo será efectivo en la medida que los hombres; adecuen su conducta a lo establecido por el, es decir, en la medida que lo establecido por el ordenamiento jurídico sea cumplido en la realidad. Es la conducta de los sujetos las que determina o no la efectividad del ordenamiento jurídico". En efecto, un ordenamiento jurídico solo será efectivo en la medida que los hombres adecuen su conducta a lo establecido por él, es decir, en la medida que lo establecido por el ordenamiento jurídico sea cumplido en la realidad. PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación del proceso*. En: *Compendio de Derecho Procesal Civil*. Editado por lus et Veritas. Compendio editado por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 57-58.

¹⁸⁷ Y lo cierto es que nos tropezamos con otro dilema pues mientras el incumplimiento por parte de un sujeto de la norma primaria es inmediato, la eficacia sustitutiva de la jurisdicción es mediata. Entonces si a los justiciables se les informa que esa eficacia sustitutiva de jurisdicción mediata no sirvió de nada, entonces se pierde confianza en el proceso como mecanismo de resolución de conflictos y, por supuesto, en el sistema jurídico. MONROY GALVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada*. Apuntes iniciales. En: *Revista peruana de Derecho Procesal*. Número IV. Lima: Jemafy Editores, 2001, p. 158.

II. DESPERDICIO DE RECURSOS: TIEMPO

Quizá la frase esbozada por Couture podría resumir la preocupación que nos envuelve cuando escribimos acerca de este punto: *“en el proceso, el tiempo es algo mas que oro: es justicia”*. El proceso demora. La naturaleza del mismo exige tiempo. El inconveniente surge cuando el tiempo se convierte en un verdadero villano que poco a poco se hace invencible¹⁸⁸.

Mientras el tiempo transcurre el derecho material se debilita hasta el punto en que muchas veces el daño puede terminar siendo irreparable. Entonces el proceso se presenta como un instrumento imperfecto y no se puede hacer nada al respecto. Se puede terminar sacrificando una decisión oportuna y, por ende, efectiva y, como consecuencia, se podría terminar matando a la justicia. Como bien señala el viejo refrán *“justicia retrasada es justicia denegada”*.

Los dos juristas más influyentes en la historia del Derecho Procesal, Francesco Carnelutti y Giuseppe Chiovenda, retratan con dos frases el valor que tiene el tiempo en el proceso. Así, Carnelutti en una emblemática frase, expresa lo siguiente:

¹⁸⁸ Al respecto, el profesor Priori ha señalado que *“un tema muy relacionado con la pluralidad de instancias es la demora de los procesos judiciales, lo que hace que la justicia que tarda no sea justicia. Ello es meridianamente cierto desde que, en nuestro sistema, no sólo existe la posibilidad de interponer recurso de apelación, sino poder recurrir a la Corte Suprema en vía de casación. Con ello, lo sabemos todos, tenemos que la duración de un proceso puede hacerle un muy flaco favor a la garantía de una mejor justicia. Ello puede agravarse más aún, desde que el Tribunal Constitucional (TC) ha abierto la posibilidad –por cierto excepcional, como lo dice el propio TC- de poder iniciar procesos de amparo contra resoluciones judiciales no sólo por ser afectados los derechos fundamentales de naturaleza procesal, sino cualquier otro derecho fundamental (derecho a la propiedad o al honor, por ejemplo). En este sentido tenemos la sentencia pronunciada en el caso Apolonia Collcca (expediente No 3179-2004-PA/TC)”*. PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 415.

“El valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido. No sería demasiado atrevido parangonar el tiempo a un enemigo con el cual el juez lucha sin descanso. Por lo demás, también bajo este aspecto, el proceso es vida. Las exigencias que se plantean al juez en orden al tiempo, son tres: detenerlo, retrocederlo o acelerar su curso”¹⁸⁹.

De igual manera, Chiovenda comparte sus preocupaciones en otra alegórica frase, bajo los siguientes términos:

“Se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o defenderse en juicio para pedir justicia”¹⁹⁰.

Por otra parte, otra ilustre frase resaltada por Priori revela la relación de tensión entre tiempo y proceso:

“El tiempo se convierte en la peor amenaza, y peor aún en la más grave lesión a una situación jurídica que puede llegar muchas veces incluso a convertirla en irreparable”¹⁹¹.

Lo central es comprender que detrás de ese complejo diseño de resolución de conflictos creado por el legislador –llamado proceso– existe una tragedia humana que exige tutela. Entonces cuando el respeto irrestricto de las

¹⁸⁹ Este es quizá la frase más emblemática de Francesco Carnelutti y citada por miles de procesalistas en la actualidad.

¹⁹⁰ En esta famosa frase Chiovenda sustenta su teoría acerca de las providencias cautelares.

¹⁹¹ PRIORI POSADA, Giovanni. *El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites*. En: Revista *lus et Veritas*, Número 26, p. 173.

garantías hacen de esta tragedia una más dramática, consideramos que garantías como la segunda instancia deben pasar a un segundo plano¹⁹².

Al respecto, el profesor Priori ha señalado lo siguiente:

“Son varias las ocasiones en las que los procesalistas olvidan en sus estudios que están ante un instituto procesal y, como tal, ante un instituto necesariamente instrumental, creado por el ser humano para servir a las necesidades vitales de él mismo y no para servir al proceso en sí (...). Se olvida que detrás del proceso hay siempre un drama humano. Muchos estudios se quedan en esa simple creación humana que es el proceso, olvidando que este tiene por finalidad hacer que las situaciones jurídicas de los particulares realmente se realicen, es decir, sean efectivas, para así alcanzar la justicia”¹⁹³.

Es ante esta situación en que valdría la pena preguntarnos si acaso una sentencia emitida luego de seis, ocho o hasta diez años puede ser efectiva en la realidad. Si acaso el problema del tiempo y del proceso no podría encontrar

¹⁹² Al respecto, Carnelutti ha señalado que *“la duración del proceso es uno de sus defectos humanos, que aun cuando quepa perfeccionar la regulación del mismo, no podrán ser jamás eliminados del todo. Aunque, como suele decirse, la justicia pueda ser rápida, entre el comienzo y el fin del proceso, tanto jurisdiccional como ejecutivo, media necesariamente un período de tiempo durante el que continúa el litigio, con todos los daños que de él se derivan. No ha de extrañar, por tanto, que la prevención de esos daños haya determinado medidas encaminadas a un arreglo provisional de la situación ha brotado o de que está para surgir el litigio, y ello, antes de que el proceso jurisdiccional o el ejecutivo comiencen o mientras recorren su iter”*. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha, 1944, Tomo I, p. 243.

¹⁹³ Adicionalmente, el profesor Priori mencionó que *“muchas veces se olvida que el proceso no es justicia, sino un medio para alcanzarla. Se olvida que más allá del proceso hay un ser humano. Se olvida también que hay una dignidad humana y unos derechos fundamentales que con el proceso muchas veces se hacen pedazos, porque el proceso y sus institutos con frecuencia han sido elaborados en el escritorio, delante de miles de libros, en una biblioteca sin aquellas ventanas que sería necesario tener siempre abiertas para que el procesalista recuerde, cada segundo de trabajo y de reflexión, que fuera de esa biblioteca hay una sociedad que clama e implora por justicia, que clama por algo tan esencial y simple a la vez que el procesalista, imbuido en tantos conceptos, parece no entender”*. PRIORI POSADA, Giovanni. Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 405.

su razón de ser en uno de esos principios consagrados que la historia –y solo la historia– ha dado como cierto.

El principio de doble instancia nos coloca ante una situación dramática. Nos obliga a ponderar entre una presunta minimización del error o la inequívoca dilación del proceso que muchas veces termina por lapidar una decisión oportuna. Por ello, se ha dicho con razón que *“es necesaria la búsqueda de un equilibrio entre autoridad y libertad, entre legalidad y justicia, por un lado, y celeridad, por otro”*¹⁹⁴. Ante esta situación trágica, con la consagración del principio de doble instancia se optó por desperdiciar un recurso realmente valioso: el tiempo¹⁹⁵.

Sobre el particular, los profesores Rivarola y Mendoza han señalado que *“la minimización del error no es el único fin del proceso, pues la justicia certera que no llega nunca no es justicia. Es por ello que la expedición de una sentencia firme en tiempo razonable, es también un fin importante del proceso. Sin duda, la paz social en justicia no es lograble con fallos que no lleguen nunca, por más certeros que sean”*¹⁹⁶.

Guido Calabressi tiene una concepción particular sobre la justicia. En su libro “un vistazo a la catedral” señala que en un mundo en el que los recursos son escasos desperdiciar dichos recursos es injusto”. Esta frase nos ayuda a

¹⁹⁴ VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica. Desalma, Buenos Aires, 1988, p. 26.

¹⁹⁵ En el Common Law se les denomina como “tragic choices”.

¹⁹⁶ RIVAROLA REISZ, José Domingo. *Ius Novorum: apelación y reenvío excepcional por nueva prueba*. En: Libro de Ponencia del Tercer Congreso Internacional Proceso y Constitución. Las garantías de un proceso justo, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 401.

comprender lo grave que puede ser desperdiciar tiempo en un proceso. en aras de minimizar tal vez el error judicial. Tal vez¹⁹⁷.

El profesor Priori ha expresado su más sincera preocupación sobre la disyuntiva entre el tiempo y el proceso en las siguientes palabras:

“El dilema descrito se agrava si somos conscientes de qué tan injusta es una decisión incorrecta como una decisión tardía. El problema, sin embargo, siempre ha sido visto desde una perspectiva absolutamente tendenciosa, pues siempre se ha querido hacer ver que injusta es una decisión incorrecta; mas no una decisión tardía”¹⁹⁸.

Se olvida que el tiempo es el peor enemigo del proceso. Se olvida que justicia retrasada es justicia denegada. Se deja de lado que la doble instancia por definición dilata el proceso. Se olvida que los particulares tienen un especial interés en que la decisión del conflicto sea oportuna.

Ahora bien, ¿qué mejor evidencia del valor que tiene el tiempo para los particulares que el propio diseño del arbitraje? Por la propia naturaleza formalista del proceso judicial no es posible que las partes puedan pactar la duración del proceso; sin embargo, el arbitraje puede adecuarse a las

¹⁹⁷ Por otro lado, Ronald Coase plantea que el recurso más valioso que permite a los particulares tomar mejores decisiones es el tiempo. El problema es que el “tiempo” es un recurso verdaderamente escaso (sobre todo en el marco de un proceso). A efectos de resaltar la importancia del recurso tiempo, el profesor Alfredo Bullard ha señalado que *“la razón por la que existen normas supletorias es para evitar que las partes se vean compelidas a negociar y redactar todos los términos de un contrato. Ello nos llevaría a tener que prever todas las posibles contingencias que podrían presentarse, con el consiguiente desperdicio de tiempo y dinero”*. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual*. Derecho y Economía, Análisis económico de las instituciones legales, Parte IV, Sección 6, p. 332.

¹⁹⁸ Por otra parte, el profesor Priori ha señalado que *“la desesperada búsqueda de una supuesta justicia basada en la corrección de las resoluciones, es decir, en la insaciable búsqueda de decisiones infalibles (aunque en el fondo uno sea consciente de que llegar a ellas es imposible), ha terminado por lapidar una decisión oportuna y efectiva y, en consecuencia, por matar a la justicia”*. PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 407.

necesidades y expectativas de las partes, con lo cual es perfectamente posible (como ocurre con frecuencia) que las partes pacten la duración del proceso arbitral¹⁹⁹.

De hecho, la posibilidad de pactar la duración del proceso arbitral es uno de los factores determinantes que hacen del arbitraje un mecanismo de resolución de controversias realmente atractivo. Ello no podría ser de otra manera, en tanto los justiciables tienen un legítimo interés en que la decisión definitiva de la controversia llegue lo antes posible. Sobre este particular, se ha señalado que *“la buena justicia obtenida en corto tiempo, trae consigo ventajas muy considerables para los litigantes”*²⁰⁰. De igual manera, se ha expresado que *“unlike judges and juries, arbitrators can render a decision more quickly and with less information transfer from”*²⁰¹.

El artículo 53 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, señala textualmente lo siguiente:

Artículo 53.- Plazo.

La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.

¹⁹⁹ IÑIGO DE LANDECHO Y URQUIJO. *Arbitraje: única vía posible a la desjudicialización*.

²⁰⁰ PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto y Néstor Martínez Neira. *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*, Temis, Bogotá, 1986, p. 6.

²⁰¹ BENSON, Bruce I. Arbitration. En: *Encyclopedia of Law and Economics*, www.encyclo.findlaw.com/7500book.pdf, p. 162.

Sobre este particular, el profesor Cantuarias se ha pronunciado con las siguientes palabras:

“La gran mayoría de las legislaciones arbitrales latinoamericanas, sino todas, reconocen la facultad que tienen las partes para acordar, ya sea directamente o por remisión al reglamento de alguna institución arbitral, el plazo dentro del cual los árbitros deberán emitir el laudo arbitral final”²⁰².

Es más, tan es cierto que el tiempo del proceso es de vital importancia para los particulares que la propia Ley de Arbitraje ha sancionado con nulidad los laudos que no se dicten dentro del plazo establecido por las partes. Al respecto, el artículo 63 literal g) de la Ley de Arbitraje, ha expresado lo siguiente:

Artículo 63.- Causales de anulación

- 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*
 - 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.*

El arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos que se regula por el mercado. En otras palabras, su regulación responde a las preferencias subjetivas de las personas. Nosotros pensamos que si el arbitraje ha tenido

²⁰² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, p. 343.

una importante acogida en América Latina y –sobre todo– en el Perú, ello responde en gran medida a que en el arbitraje no se encuentra ese trágico dilema entre el tiempo y el proceso, lo que queda corroborado con la posibilidad que abre la Ley de Arbitraje de que las partes pueden pactar la duración del proceso arbitral.

Adicionalmente, resulta pertinente subrayar que el único recurso que puede interponerse contra el laudo es la anulación. Este hecho tiene una especial connotación desde que a diferencia de los recursos judiciales, la interposición del recurso de anulación de laudo no suspende los efectos de la decisión del tribunal arbitral, lo que también coadyuva a convertir al arbitraje en un mecanismo de resolución de conflictos muy atractivo.

Existen países, sin embargo, que han postulado la viabilidad de interponer contra los laudos arbitrales en sede judicial los mismos recursos impugnatorios que proceden contra las sentencias judiciales²⁰³. Esta medida –en cada uno de los casos– ha llevado al arbitraje al fracaso. No podría ser de otra manera, puesto que cuando ello sucede así, el arbitraje no se libera del trágico dilema entre tiempo y proceso y en lugar de convertirse en un atractivo sustituto para la resolución de conflictos, se termina convirtiendo en un tedioso vehículo dilatorio. Como se puede apreciar, cuando es regulado de manera acertada, el arbitraje –a diferencia del proceso judicial– le da al tiempo la importancia que amerita.

²⁰³ Under Argentina law a *de iure* award is subject to all the means of recourse available against a judgment rendered by a court of first instance, including a full appeal on the merits (CP Article 758). Therefore, the means of recourse are substantially governed by the same rules applicable to recourse against judicial decisions. However, the right of appeal may be excluded by agreement of the parties. SPINILLO, Alessandro y Emilio VOGELIUS. En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 51-52. Como se puede apreciar, Argentina es el claro ejemplo de un país que ha tendido a judicializar el arbitraje, postura que para el bien de la región ha ido desapareciendo con el paso del tiempo.

En eso se sustenta una de las grandes falacias: la consagración de la doble instancia como un principio constitucional presupone que el “tiempo” es un recurso infinito. Esto es visto desde una perspectiva absolutamente tendenciosa porque en un proceso el tiempo es por definición limitado. El proceso siempre puede esperar, pero no sucede lo mismo con el derecho material.

Hay quienes, sin embargo, han formulado una ardua defensa del derecho a impugnar, bajo los siguientes términos:

“No se bien a qué respondan realmente estas instancias en pro de la limitación de las impugnaciones existentes –se oye decir que es para hacer el proceso más rápido y, como consecuencia, eficaz–, pero por lo que a mí respecta no me cabe duda alguna que, si es que realmente tenemos alguna sensibilidad por el debido proceso, ella resultan ser imprescindibles, pues contrariamente a lo que algunos piensan, sin impugnaciones no sería posible la efectividad de aquél y las partes quedarían expuestas a un probable –y siempre posible– ejercicio arbitrario de los poderes judiciales”²⁰⁴.

Quienes así no lo entienden, quienes ven en las impugnaciones (solo) un fastidioso vehículo dilatorio y como tal una amenaza a la efectividad de la tutela judicial, bien harían en pensar que ningún derecho procesal de las

²⁰⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. *Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 396.

partes asegurado si es que el juez actuara en el convencimiento de que sus resoluciones no podrán ser controladas (o podrán serlo solo al final del proceso por él llevado)²⁰⁵.

La profesora Ariano solo ve una cara de la moneda. No solo se trata de la celeridad del proceso, se trata del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional. Es evidente que la paz social en justicia no se alcanza con fallos que llegan tarde, por más certeros que sean. Si de verdad tenemos alguna sensibilidad por el debido proceso debemos advertir que aquellas instituciones procesales que se autodefinen como garantía de las garantías (como la doble instancia) muchas veces terminan por vulnerar derechos.

Es más, desde nuestro punto de vista, en nuestro ordenamiento jurídico, existen más de dos instancias. Decimos que ello es así por la manera –muy cuestionable por cierto– en que el Tribunal Constitucional ha abierto las puertas al amparo nos lleva a pensar que en realidad podrían existir seis instancias.

Al respecto, en el caso Apolonia Coclla, el Tribunal Constitucional señaló expresamente lo siguiente:

*“En definitiva, una interpretación del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución bajo los alcances del principio de unidad de la Constitución, no puede concluir sino con la afirmación de que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se*

²⁰⁵ *Ibíd.*, p. 402.

puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema”.

En efecto, prácticamente en todos los casos los litigantes pueden encontrar una razón lo suficientemente convincente que les permita interponer un recurso de amparo luego de que haya sido dictada una sentencia con calidad de cosa juzgada. En nuestra opinión, la procedencia del recurso de amparo debe cerrarse a supuestos muy restringidos.

Muchas veces se olvida el fin último del proceso: tutelar los derechos de las personas y no tutelarse a si mismo. El problema estriba en que la impugnación como institución procesal se presenta sí, como una garantía, pero una garantía que constantemente nos recuerda que lamentablemente el conflicto subsistirá (por lo menos algunos años más). Nos recuerda también que muchas veces la sacralización de las garantías puede lograr que los derechos se hagan pedazos.



SUBCAPÍTULO III:
DESPERDICIO DE INFORMACIÓN
AFRENTA AL PRINCIPIO DE ORALIDAD

En una de sus frases más célebres, Albert Einstein expresa que *“todos somos ignorantes, solo que en distintas cosas”*. Más allá de las miles de enseñanzas que nos puede dejar esta fabulosa frase, podemos encontrar en ella –entre otras lecciones– que la información –y correlativamente el conocimiento– no puede nunca estar centralizada en una sola persona sino, muy por el contrario, se encuentra descentralizada en miles de individuos.

Todos somos ignorantes porque es sencillamente imposible que alberguemos tanta información en nuestra cabeza. En ese sentido, podemos convenir que si de algo carecemos los seres humanos en esta vida es de información. Y es realmente trascendente contar con información porque sin ella, ¿podríamos tomar decisiones acertadas? Estamos seguros que la mayor parte de las decisiones acertadas que los individuos toman en el transcurso de su vida se debe a la información con la que cuentan. El problema es que la adquisición de información no es gratuita. Contar con información tiene un costo. La información, como es evidente, no se crea en el vacío²⁰⁶.

¿Qué relación tiene la doble instancia con la información? Pues mucha. Un Juez no puede resolver una controversia sin contar con información en su cabeza. El proceso demora porque el Juez no conoce los hechos y debe dedicar mucho tiempo a realizar una serie de actividades para obtener esa información. Podemos convenir entonces que darle la palabra final de una controversia a un Juez que carece de información sería un acto por demás arbitrario. ¿Cómo puede un Juez aplicar el derecho si no conoce los hechos?

²⁰⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Cuando la gente se equivoca. La asimetría informativa y los defectos de información en la contratación*. Derecho y Economía, Análisis económico de las instituciones legales, Parte 7, Sección 6, p. 442.

Ahora bien, resulta pertinente preguntar lo siguiente: ¿por qué decimos que con la doble instancia se desperdicia información? Por una razón muy sencilla: el proceso se ha estructurado de una forma en la que el único que verdaderamente cuenta con información que le permite resolver la controversia justamente es el Juez de primera instancia, sin embargo, su fallo nunca tiene ninguna interferencia en la vida de las personas.

En efecto, quien tiene inmediación con las partes, vive la oralidad, está presente en la audiencia de pruebas, interroga a los testigos, escucha a los peritos, detecta los balbuceos y los titubeos, capta los nervios, detecta las mentiras y muchas cosas más, es el Juez de primera instancia. Este último experimenta una serie de vivencias y experiencias que difícilmente pueden ser consignadas en un papel. Son estas últimas vivencias las que lo legitiman sobre cualquier otra persona para resolver la controversia. Es el quien se encuentra en las mejores condiciones para resolver.

Sin embargo, el diseño del proceso y, en concreto, la consagración de la doble instancia, ha dispuesto que el fallo de esa persona que se encontraba en excelentes condiciones, no va a tener ninguna interferencia en la vida de las personas. Sí, la decisión de esa persona que pasó años de su tiempo obteniendo información para resolver un conflicto, no va a tener ningún efecto práctico en la realidad. Se trata simplemente de un proyecto, un bosquejo, un borrador.

A pesar de ello, se ha dispuesto que los vocales de segundo grado, sí, aquellos que no conoce a las partes, aquellos que no saben en qué circunstancias el testigo respondió las preguntas, aquellos que no conocen el lugar de los hechos porque no estuvieron ahí, aquellos que no preguntaron ni tienen como preguntar a los peritos, aquellos que no vieron el video o no escucharon la cinta; sí, aquellos que solo pueden leer aquello que el de primer grado vivió, ellos pueden modificar el fallo del de primer grado. ¿Es eso justo y razonable?²⁰⁷.

Si los vocales de segundo grado pueden hacer eso, nos preguntamos entonces ¿para qué sirvió toda la actividad procesal de primer grado? Parece ser que solo para llenar unas actas que el de segundo grado puede leer, y con eso que lee puede resolver. ¿Para qué audiencias? ¿Para qué inmediación procesal? Mejor volvamos al proceso escrito, probablemente, eso sería más coherente con un sistema en el cual todo es impugnabile²⁰⁸.

La siguiente pregunta cae por su propio peso: ¿cuál es el sentido de la existencia de la primera instancia? Si las decisiones de los Jueces de primera instancia no van a tener ningún efecto práctico en la realidad, ¿por qué no

²⁰⁷ Agrega Priori que "hoy los abogados pueden desilusionarse. Aquellos que buscaron los mejores peritos. Aquellos que plantearon dentro de su estrategia que el Juez vaya al lugar de los hechos con las partes y con los peritos, para explicar la complejidad del problema. Aquellos que prepararon extraordinariamente bien su audiencia de pruebas y lograron que los testigos y la contraparte se pusieran nerviosos, titubearan y cayeran en contradicciones. En verdad, nada de ello sirve, pues el proceso será revisado por alguien que no ha visto nada de eso. Finalmente el conflicto se resuelve sobre la base de una realidad escrita, de una realidad inventada, de situaciones imprecisas en pliegos y pliegos de papel. Eso es el proceso. El proceso así pensado no solo olvida sino que deja de lado el drama humano. No importan las personas, los protagonistas, sino los papeles. El fondo del tema no interesa, sino los papeles". PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista *Advocatus*, Número 9, p. 418-419.

²⁰⁸ Agrega Priori que "hoy los abogados pueden desilusionarse. Aquellos que buscaron los mejores peritos. Aquellos que plantearon dentro de su estrategia que el Juez vaya al lugar de los hechos con las partes y con los peritos, para explicar la complejidad del problema. Aquellos que prepararon extraordinariamente bien su audiencia de pruebas y lograron que los testigos y la contraparte se pusieran nerviosos, titubearan y cayeran en contradicciones. En verdad, nada de ello sirve, pues el proceso será revisado por alguien que no ha visto nada de eso. Finalmente el conflicto se resuelve sobre la base de una realidad escrita, de una realidad inventada, de situaciones imprecisas en pliegos y pliegos de papel. Eso es el proceso. El proceso así pensado no solo olvida sino que deja de lado el drama humano. No importan las personas, los protagonistas, sino los papeles. El fondo del tema no interesa, sino los papeles". PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista *Advocatus*, Número 9, p. 418-419.

prescindimos de ella? ¿Por qué no ahorramos el costo que se deriva de la adquisición de la información en que tiene que incurrir el Juez de primera instancia? Nuevamente es preciso reiterar que la adquisición de la información tiene un costo. Muchas veces un costo realmente significativo. ¿Por qué no nos ahorramos ese costos prescindiendo de la primera instancia?

Nosotros afirmamos con total consistencia que la consagración de la doble instancia significa un absurdo desperdicio de información. No podría ser de otra manera, ya que la función de la primera instancia hoy en día se limita exclusivamente a consignar por escrito toda la actividad procesal que se realizó en la primera instancia. Pero entonces, ¿dónde quedan las ventajas de la oralidad que tanto se celebraban hoy en día? Nosotros también afirmamos con contundencia que la consagración de la doble instancia implica una deleznable afrenta al principio de oralidad.

Y lo cierto, como no pasará desapercibido, es que la inmediación y la oralidad son los mejores soldados de los que se puede valer un Juez para llegar a la verdad material. Son los instrumentos de los que se vale el Juez para tener una cabal comprensión de los hechos. ¿Cómo podría comprenderse la realidad que motivó el conflicto si no se ha tenido un contacto directo con las partes y los hechos? Es por definición imposible. La oralidad y la inmediación son imprescindibles para llegar verdad material de los hechos. El culto al doble grado rompe este esquema. Con la doble instancia, la oralidad y la inmediación se convierten en un saludo a la bandera. Pasan a un segundo plano.

En ese sentido, el profesor Arazi ha señalado que *“la revisión en materia de apreciación de las pruebas conduce a disminuir las ventajas de la inmediación, pues el juez que recibió los diferentes medios, en especial la declaración de las partes y de los testigos, es quien se encuentra en mejores condiciones para apreciarlos en forma definitiva, salvo absurdo o manifiesta arbitrariedad”*²⁰⁹.

De igual forma, el profesor Marinoni ha señalado de manera muy contundente que *“mas grave es la circunstancia de que el doble grado inutiliza las ventajas del procedimiento oral. Ahora, es sabido que la oralidad, en razón de la inmediatez, permite una mejor aprehensión de los hechos, contribuyendo para una mayor cualidad de la prestación jurisdiccional. Chiovenda, refiriéndose a la inmediación, afirma que este anhelo “que el juez, a quien cabe proferir la sentencia, haya asistido al desenvolvimiento de las pruebas, de las cuales ha de extraer su convencimiento, o sea, que haya establecido contacto directo con las partes, con las testimoniales, con los peritos y con los objetos del proceso, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones del lugar y otras, basado en la impresión inmediata que de ellas tuvo, y no en informaciones de otros. El principio no se halla apenas estrictamente conjugado al de la oralidad, tanto que solo en el proceso es pasible de plena y eficaz aplicación, sino que, en verdad, constituye la esencia del proceso oral”*²¹⁰.

Entonces, ¿cómo ha quedado diseñado el proceso? Increíblemente se ha condenado a dictar el fallo final a la persona que cuenta con menos

²⁰⁹ ARAZI, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 491.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 47.

información. El principio de doble instancia ha dispuesto que la persona que no tuvo ninguna intermediación con las partes, que no actuó absolutamente ni un solo medio probatorio, que no gozó ni de media oralidad, sí, esa persona es quien tiene el poder para resolver el conflicto con una sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada. En otras palabras, quien tiene la palabra final es quien se encuentra en peores condiciones para resolver el conflicto.

Lo que resulta totalmente contradictorio es que el constituyente ha considerado que la supuesta lectura de cientos de documentos (que muchas veces ni se leen) y una corta audiencia de aproximadamente cinco minutos (en que muchas veces el Juez no presta atención) puede sustituir a la oralidad y a toda la rica actividad procesal que desarrolló el Juez de primera instancia. Lo cierto es que no importa cuántos años de experiencia tengan los vocales, es imposible que resuelvan un conflicto adecuadamente si no conocen los hechos. El Juez de primera instancia se encuentra por definición en mejores condiciones que los vocales de segunda instancia.

Nosotros no dudamos que el Juez más legitimado para juzgar es aquél que actuó cada uno de los medios probatorios, interrogó a los testigos y los hizo balbucear, actuó los peritajes, escuchó la confrontación de los mismos, se aproximó al lugar de los hechos y descifró escena tras escena qué fue lo que verdaderamente ocurrió. Nos referimos, por supuesto, al Juez de primera instancia que fue quien vivió la oralidad del proceso en todo su esplendor.

En esa línea de criterio, el profesor Priori se ha pronunciado consistentemente, en las siguientes palabras:

“Pero una tesis así resulta absurda, pues se cree que aquél que revisa se encuentra en mejor posibilidad de juzgar que el de primer grado. Pero se olvida que aquel que resuelve en primer grado es aquel que tuvo inmediación con los sujetos y con las pruebas. Se olvida que aquél que sentenció en primer grado fue el que interrogó al testigo y le hizo las repreguntas, 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 lugar de los hechos; fue el que estuvo en contacto real y directo con el proceso, el conflicto y sus protagonistas”²¹¹.

El discurso del profesor Priori es totalmente acertado. El Juez de primera instancia es quien estuvo en contacto real y directo con el proceso, el conflicto y sus protagonistas. Conferir la decisión de cosa juzgada a los vocales de segundo grado es tan absurdo como argumentar que un excelente crítico de cine puede realizar una mejor crítica que un espectador sobre una película que este vio, pero aquel no. Es absurdo. La información logra que haya personas que objetivamente se encuentren en mejores condiciones para opinar o decidir que otras.

²¹¹ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista Advocatus, Número 9, p. 418.

No obstante lo expuesto, la Constitución no lo ha considerado así y le ha dado la última palabra a la persona más desinformada de todas. En efecto, el constituyente le ha conferido la decisión de cosa juzgada a vocales que deciden en base a una realidad escrita, una realidad parcial. Los vocales resuelven entonces en base a un pliego de papeles consignados por escrito de una historia que le contaron. Se logra así un predominio de lo escrito sobre lo hablado. Se quiebran, de esa manera, los principios de oralidad e intermediación.

En realidad, el culto al doble grado es tan absurdo como enaltecer la declaración de un testigo de a oídas. Claro, tanto los vocales como los testigos de a oídas se pronuncian en base a una historia que le contaron, no que vivieron. Nosotros nos preguntamos qué tanta credibilidad puede tener un testigo de a oídas. No tiene ninguna credibilidad. Es más, la regla Hearsy – famosa doctrina del Common Law– establece que los testigos de a oídas no deben ser admitidos en el proceso por la poca credibilidad que tienen. Esta regla tiene total sentido porque el testigo de oídas no tuvo contacto sensorial con los hechos. Prácticamente lo mismo sucede con los vocales. No han tenido ningún contacto directo con las partes ni los hechos. Son tan ajenos al conflicto que debiesen encontrarse tan deslegitimados para resolver como los testigos de oídas para testificar.

Pero entonces nos preguntamos, ¿cuál es el sentido de consagrar un principio que establece que el Juez que estuvo en la audiencia de pruebas es quien debe sentenciar? En realidad, nosotros celebramos la *ratio legis* de esta norma, ya que precisamente su función consiste en enaltecer los valores que tienen los

principios de intermediación y oralidad. Sin embargo, el culto al doble grado precisamente quiebra la *ratio legis* de la norma: el Juez que falla en última y en definitiva instancia nunca es quien estuvo en la audiencia de pruebas.

Sostenemos nuevamente que la consagración de la doble instancia implica una deleznable afrenta a la oralidad. La doble instancia no hace más que reafirmar que todas las ventajas de un proceso oral no tienen ningún asidero en el proceso judicial peruano. No podría ser de otra manera, ya que la decisión de cosa juzgada se dicta en base a una realidad escrita. Todo lo oral que pudo caracterizar a un proceso judicial peruano en primera instancia no sirvió de nada²¹².

Si el proceso tiene por finalidad fundamental la celeridad de la justicia, y está marcado por el principio de la oralidad, es incomprensible la razón por la cual se preserva el doble grado en los tocante a la materia de hecho. Nadie puede sustentar –como bien señala Marinoni– que, en lo conceniente a la materia de hecho, la decisión del órgano colegiado es más adecuada que la decisión del órgano monocrático. La doctrina, exalta la celeridad y la oralidad, pero no percibe que hay una clamorosa contradicción entre esta posición y la del culto al doble grado²¹³.

²¹² Al respecto, el profesor Louyayf ha señalado que “*si se trata de una oralidad actuada, es decir, que se transcribe por escrito lo acontecido oralmente, puede instituirse la doble instancia, pero perdiendo la segunda instancia todas las ventajas que acarrea el sistema oral*”. Seguidamente señaló que “*al establecer el artículo 129 el sistema oral en toda clase de procesos judiciales, ello constituye una circunstancia que obstaculiza la implementación de la doble instancia*”. LOUYAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 40.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 54.

Como bien señala Chiovenda, si no hay ninguna certeza de que juzguen en definitiva instancia los mismos jueces de la audiencia en la cual el examen testimonial ocurre, da lo mismo que ello se haga ante un juez único²¹⁴. Es evidente que la doble instancia viola el principio chiovendiano de la identidad del Juez que actúa las pruebas y el Juez que juzga.

En esa línea, el profesor Peyrano ha señalado expresamente que *“el sistema de oralidad, evidentemente, no se adecua al de la doble instancia. La oralidad y la instancia única van de la mano; incluso considera que no parecen compatibles la oralidad y la doble instancia”*²¹⁵.

Por su parte, el profesor Marinoni ha señalado expresamente que *“el doble grado, en el caso de la materia de hecho, constituye un atentado contra la oralidad, que propicia el juzgamiento de mayor calidad y, por tanto, una tutela jurisdiccional adecuada. El Juez cuando entra en contacto con las partes y con la producción de la prueba, puede formarse una convicción más próxima del ideal respecto de los hechos que dan contenido al litigio. En el recurso, el tribunal aprecia la materia de hecho a partir de la documentación de los actos procesales y, así, se pierde el beneficio generado por la inmediatez del contacto entre el juez y la prueba”*²¹⁶.

De igual manera, el profesor Louyayf Ranea se ha pronunciado señalando que *“con la doble instancia resulta quebrada la vigencia del principio de inmediación*

²¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riformi processuali (1910), en Saggi di diritto processuale civile (1894-1937), al cuidado de Proto Pisani, Milano, 1993, p. 416.

²¹⁵ PEYRANO, Jorge. *El proceso civil*. Principios y fundamentos, p. 308.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 53.

*y no se percibe como el sistema signifique un adelanto sustancial con respecto al de la doble instancia, pues los restantes miembros del tribunal sólo pueden con la versión escrita de las actuaciones desarrolladas ante el juez instructor*²¹⁷.

Seguidamente, el profesor Peyrano expresó que *“lo inapropiado de la doble instancia en un sistema de oralidad, solo tiene valor tratándose de todo lo vinculado con el material fáctico de la causa, único aspecto en el cual la consagración de la doble instancia atentaría contra el principio de inmediación*”²¹⁸.

Adicionalmente, en el emblemático caso seguido por Herrera Ulloa vs. Costa Rica, la Corte Interamericano de Derechos Humanos, expresó textualmente lo siguiente:

“Además, estas limitaciones son las estrictamente necesarias para mantener un sistema procesal penal basado en la oralidad. Es más beneficioso para el imputado (en general para la administración de justicia penal) que se limiten los recursos, a cambio de un proceso penal marcadamente oral”²¹⁹.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no terminamos de comprender por qué en el artículo V del título preliminar del Código Procesal Civil el legislador se ha

²¹⁷ LOUYAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 24.

²¹⁸ PEYRANO, Jorge. *El proceso civil*. Principios y fundamentos, p. 309.

²¹⁹ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. **Sentencia de 2 de julio de 2004**. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf (consulta: 28/07/2014).

molestado en recoger el principio de inmediación, si a fin de cuenta los conflictos nunca van a ser resueltos en base a sus virtudes²²⁰. Lo increíble es que la decisión de la persona que sí tuvo inmediación no va a tener ninguna interferencia en la vida de las personas, mientras que la decisión de aquellas que no tuvieron inmediación ni contacto con las partes sí tiene un efecto directo en la vida de las personas.

Tampoco entendemos por qué en el artículo 202 del Código Procesal Civil se ha dispuesto que la audiencia de pruebas debe ser dirigida personalmente por el Juez si es que su tarea se limita exclusivamente a recopilar por escrito las actuaciones procesales ocurridas en primera instancia. ¿Cuál es la necesidad de que la audiencia sea dirigida de forma personal? ¿Es qué acaso la recopilación escrita de las actuaciones es una tarea tan trascendente que únicamente puede ser realizado por el Juez de primera instancia? ¿No puede ser realizado por otra persona?

La única conclusión a la que podemos arribar es que quien tiene la decisión final es quien cuenta con menos información y, por supuesto, el riesgo de error judicial se incrementa. ¿No es irónico? ¿No era una de las funciones de la doble instancia el mitigar el riesgo de error judicial? Pareciese que la doble instancia resultó siendo un despropósito.

Sí, hoy los abogados diligentes pueden desilusionarse. Aquellos que buscaron los mejores peritos. Aquellos que plantearon dentro de su estrategia que el

²²⁰ Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.-
Artículo V.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

Juez vaya al lugar de los hechos con las partes y con los peritos, para explicar la complejidad del problema. Aquellos que prepararon extraordinariamente bien su audiencia de pruebas y lograron que los testigos y la contraparte se pusieran nerviosos, titubarán y caerán en contradicciones. En verdad, nada de ello sirve, pues el proceso será revisado por alguien que no ha visto nada de eso²²¹.

Pensamos que no es posible suponer, respecto a la materia de hecho, como bien señaló Marinoni, que la decisión del tribunal pueda ser más adecuada que la decisión del Juez de primer grado. Lo que se puede admitir, en realidad, es justamente lo contrario, o sea, que la decisión del Juez es siempre mejor que la decisión del tribunal. Recuérdese que el tribunal, al apreciar la materia de hecho, se vale de la documentación de los actos procesales, mientras que el juez tiene contacto directo con las pruebas. La pregunta que resta, de esta forma, es la siguiente: ¿Cómo es que importa la oralidad y, en consecuencia, la calidad de la prestación jurisdiccional, si lo que vale es el doble grado?²²².

Sobre este particular, los profesores Rivarola y Mendoza se ha pronunciado en las siguientes palabras:

“Es el Juez de primera instancia el que ha tenido inmediación con la prueba que ha sido actuada. En cambio, el Juez de segunda instancia probablemente no tendrá esa cercanía con la prueba ya actuada. Sin duda, el Superior siempre podrá revisar las actas de las audiencias en las

²²¹ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista *Advocatus*, Número 9, p. 419.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 48.

*que consten las declaraciones de los testigos y las partes, y las sustentaciones de los peritos, pero si consideramos que uno de los logros más importantes del movimiento procesal civil ha sido migrar de un proceso escrito y formal a un proceso oral y por audiencias, donde la inmediación es un camino adecuado para maximizar certezas, ¿no debería reenviarse el caso a la primera instancia?*²²³.

En nuestro parecer, el sistema de apelación atenta contra la finalidad de todo proceso judicial, la cual consiste en hacer justicia sobre la base del conocimiento de la verdad de los hechos²²⁴. Ello debe ser definitivamente así, en tanto que a la verdad material se llega mediante la prueba, y –como es evidente– la segunda instancia no actúa ni valora una sola prueba.

Debe recordarse que quien admite, actúa y valora los medios probatorios es siempre el Juez de primera instancia. Si somos conscientes de la importancia que tiene la actuación y la valoración de los medios probatorios para llegar a la verdad material, concluiremos que la doble instancia es un despropósito. El culto al doble grado no acerca el proceso a la verdad material, sino más bien, lo distancia. En ese sentido, el doble grado quiebra el fin que todo proceso está llamado a cumplir, consistente en llegar a la verdad material.

El contacto de la segunda instancia con la prueba se limita a las recopilaciones escritas que se elaboraron en la primera instancia. Si estamos de acuerdo en

²²³ RIVAROLA REISZ, José Domingo y Alessandra MENDOZA. *Ius Novorum: apelación y reenvío excepcional por nueva prueba*. En: Libro de Ponencia del Tercer Congreso Internacional Proceso y Constitución. Las garantías de un proceso justo, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 407.

²²⁴ RIVAROLA REISZ, José Domingo. *Ius Novorum: apelación y reenvío excepcional por nueva prueba*. En: Libro de Ponencia del Tercer Congreso Internacional Proceso y Constitución. Las garantías de un proceso justo, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 401.

que ello es así, ¿podemos imaginarnos la cantidad sesgos con las que vienen acompañadas las recopilaciones escritas en virtud de las cuales los vocales de segunda instancia tienen que fallar? Absolutamente todos los documentos están contaminados de la subjetividad del Juez de primera instancia. Siendo ello así, a la única conclusión a la que podemos arribar es que los vocales de segundo grado se encuentra en pésimas condiciones para fallar²²⁵.

En ese sentido, el profesor Louyayf ha señalado que *“un obstáculo muy importante que se alza contra la existencia de la apelación reside en la forma oral en que se desarrolla el procedimiento; concretamente la falta de taquígrafos en los tribunales haría difícil recoger con exactitud todo el debate oral y toda la prueba practicada, con el fin de facilitar el examen de los hechos en una hipotética segunda instancia; por otra parte, la introducción de la escritura en el procedimiento hace desaparecer la inmediación que se logra con la oralidad”²²⁶*.

Podemos concluir entonces que el Juez de primera instancia es quien verdaderamente tuvo una relación inmediata con las partes y un contacto directo con los hechos. Es quien vivió la oralidad en todo su esplendor. Sí, el es quien hizo todo eso. Sin embargo, la decisión final se le ha otorgado a una persona que nunca tuvo una relación inmediata con las partes y nunca tuvo un contacto directo con los hechos. Se le ha otorgado a la persona que no vivió la

²²⁵ En ese sentido, el profesor Louyayf ha señalado que *“si la justicia hubiera de administrarse en dos instancias, es preferible la forma escrita, porque conserva los alegatos y las pruebas para el estudio del juez de la alzada. De otro modo habría que hacer en segunda instancia una reproducción del debate y pruebas de la primera, o dar a los jueces superiores, por única base para su fallo, las actas labradas ante el inferior. Pero si ellas no son muy minuciosas, no darán idea cabal del pleito, y si lo son, el juicio se vuelve escrito. Se infiere de esto que la oralidad es más apropiada para la instancia única, y la forma escrita para cuando haya dos o más grados”*. LOUYAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 27.

²²⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Estudios de Derecho Procesal*, p. 334-335.

oralidad. No actuó las pruebas y –evidentemente– tampoco las valoró. Sí, esa persona que no está en las mejores condiciones es quien puede dictar la sentencia que interfiere en la vida de las personas. Es el mundo al revés.

En ese sentido, si estamos de acuerdo en que la segunda instancia no ha tenido ninguna intermediación con las partes, no ha actuado una sola prueba, no ha tenido contacto directo con las partes, si únicamente ha tenido contacto con una realidad escrita, ¿qué legitimidad se le puede conferir para resolver la controversia de manera definitiva? Si se toman en cuenta estas premisas, es fácil colegir que la segunda instancia –antes que minimizar el riesgo de error judicial– lo incrementa.

En ese sentido, el profesor Marinoni ha expresado en una cita emblemática que *“es correcto decir que la decisión de primer grado, cuando está sustentada en pruebas, es mejor que la decisión de segundo grado, en función del contacto directo del juez con la prueba, propiciado por la oralidad”*²²⁷.

Nótese que el único acercamiento que han tenido los vocales con los justiciables es un informe oral muy breve. Sin embargo, si para todos es evidente que esos tres o cinco minutos en los que escucha al abogado (si lo hace) una sala desatenta o cansada no puede remplazar a toda la intermediación y la oralidad que hubo en el primer grado, para el constituyente no lo fue²²⁸.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 41.

²²⁸ Agrega Priori que *“hoy los abogados pueden desilusionarse. Aquellos que buscaron los mejores peritos. Aquellos que plantearon dentro de su estrategia que el Juez vaya al lugar de los hechos con las partes y con los peritos, para explicar la complejidad del problema. Aquellos que prepararon extraordinariamente bien su audiencia de pruebas y lograron que los testigos y la contraparte se pusieran nerviosos, titubearan y cayeran en contradicciones. En verdad, nada de ello sirve, pues el proceso será revisado por alguien que no ha visto nada de eso. Finalmente el conflicto se resuelve sobre la base de una realidad escrita, de una realidad inventada, de situaciones imprecisas en pliegos y*

Podemos colegir entonces que al consagrarse la doble instancia como un principio constitucional, se confirió al Juez que se encuentra en peores condiciones la potestad de resolver el conflicto. Y si fuera poco, no es difícil advertir también que la sacralización de la doble instancia implica un pernicioso desperdicio de valiosos recursos, puesto que al fin y al cabo todo el trabajo del Juez de primera instancia va a servir de poco o de nada.

Expresando una posición disidente, el profesor Vescovi ha expresado que *“en virtud del proceso en primera instancia y de la sentencia que lo culmina, se produce una verdadera depuración, especialmente del material de hecho, un trabajo de clasificación y de selección, que permite, en el segundo grado, una decisión más ajustada y meditada”*²²⁹.

Consideramos que Vescovi simplifica la realidad de los hechos. No creemos posible que se puedan depurar los hechos en los términos en que se plantea. En todo caso, si ello fuese posible, es claro que por más que los hechos se encuentren seleccionados y clasificados, nunca estos registros escritos van a poder sustituir al rico bagaje de oralidad e inmediatez con que cuenta el Juez de primera instancia y que lo colocan en una situación privilegiada para resolver.

pliegos de papel. Eso es el proceso. El proceso así pensado no solo olvida sino que deja de lado el drama humano. No importan las personas, los protagonistas, sino los papeles. El fondo del tema no interesa, sino los papeles”. PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista *Advocatus*, Número 9, p. 418-419.

²²⁹ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 28.

Por lo demás, el discurso de Véscovi termina siendo inconsistente, pues si verdaderamente el Juez de primera instancia ha vivido el proceso y la oralidad en todo su esplendor, ha depurado material de hecho, ha realizado un trabajo de clasificación y de selección, es claro que ya está listo para resolver el conflicto de manera definitiva. Sin embargo, el culto al doble grado pudo más. Nuevamente expresamos nuestra más profunda preocupación y preguntamos: ¿de qué sirvió la primera instancia? Seguimos pensando que de nada. Se trata de un deleznable desperdicio de recursos.

Pero hay un argumento adicional que nos gustaría desarrollar. En efecto, una de las falacias del doble grado es que se juzga en un instante determinado. Esto es un mito. El juzgamiento no se da en un momento determinado sino, por el contrario, sigue un proceso formativo. El Juez no impone un juicio, sino más bien lo forma. Sin embargo, encontramos que el predicamento de la doble instancia es precisamente el opuesto. Los vocales de segunda instancia juzgan en un momento determinado imponiendo su leal saber y entender.

El Juez no es una maquina a la que le llega la luz en un momento determinado y, a partir de una inspiración, está legitimado para resolver la controversia. Se trata de un proceso formativo complejo. El Juez de primer grado –en gran medida– sigue este proceso. Así, el Juez de primera instancia –en el transcurso de un lapso de tiempo importante– obtiene importante información que se deriva de audiencias, pruebas, escritos, informes y mucha actividad procesal a través de la cual forma un juicio. Luego de un tiempo importante en

que ha obtenido suficiente información y se encuentre en buenas condiciones, está listo para fallar.

Nuevamente el profesor Marinoni de forma absolutamente acertada, señala expresamente lo siguiente:

“Además, si la instrucción hace surgir una realidad procesal que se forma a partir de las declaraciones de las partes y de los testigos, es evidente que la voluntad del juez interfiere en el resultado de la instrucción, una vez que el magistrado siempre tiene que realizar un determinado “juicio” previo (que es de él y no de otro juez) para formular una pregunta a a parte o al testigo. Lo que se quiere decir, en otros términos, es que si el juez va formando el juicio sobre el mérito a medida que el procedimiento camina, es equivocado suponer que alguien juzgará con base en los escritos de las declaraciones de las partes y de los testigos estará en mejores condiciones para decidir”²³⁰.

No obstante ello, con la doble instancia se quiebra esta realidad. Los vocales de segundo grado no forman un juicio, sino que debido a la estructura del proceso, lo imponen. La estructura del proceso no les permite obtener información. La información que pueden obtener se limita a cientos de documentos escritos (que muchas veces ni leen) y a una audiencia oral de cinco minutos (en que muchas veces ni atienden). Sí, los defensores del doble

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 54.

grado defienden que esta mínima actividad puede sustituir a toda la actividad procesal que realiza el Juez de primer grado.

Para nosotros es claro que la doble instancia no solo implica –como bien señaló Marinoni– un atentado a la oralidad, sino un grosero e insolente insulto a toda la actividad procesal que realizó el Juez de primer grado. No terminamos de entender de qué sirvió todo ese rico bagaje que por mucho tiempo –y a través de un gran esfuerzo intelectual– realizó el Juez de primera instancia. Nos negamos a creer que únicamente para registrarlo por escrito. Cualquier institución debe cumplir una función y hasta ahora no terminamos de entender cuál es la función que cumple la primera instancia. ¿Se hizo tanto por nada? Pero lo peor no se ha dicho y es que lo que está en juego son derechos y, muchas veces, derechos fundamentales.

Por lo demás, damos por sentado que no resiste la menor seriedad que se afirme que el de segunda instancia se encuentra en mejores condiciones para fallar que el de primera instancia. Ni la persona más experimentada puede encontrarse en mejores condiciones que la persona que vivió el proceso y la oralidad en todo su esplendor. Por más experto que sea un cineasta, no puede criticar una película que no vio.

En efecto, esa es la razón por la cual –como desarrollaremos más adelante– nuestra propuesta consiste en eliminar el doble grado y consagrar un órgano colegiado de instancia única conformado por tres Jueces que es el único

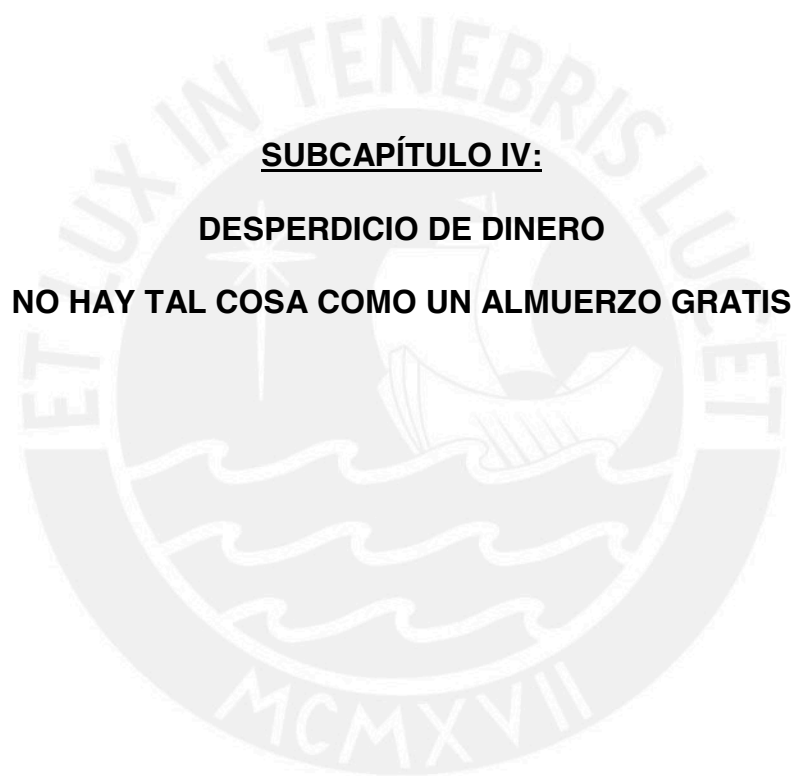
compatible con el régimen de oralidad que generalmente se proclama entre los principios procesales”²³¹.

En conclusión, estando a todo lo expuesto, podemos concluir que para que el Estado preste una tutela jurisdiccional a las situaciones jurídicas materiales, garantizando el derecho del ciudadano a una tutela jurisdiccional efectiva y tempestiva, es imprescindible que, en nombre de la oralidad y de la celeridad, sea eliminado el doble grado”²³².



²³¹ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 13.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 56.



Decía Milton Friedman que *“no hay tal cosa como un almuerzo gratis”*. El economista del libre mercado popularizó esta frase, utilizándola como el título de un libro de 1975 que a menudo aparece en los manuales de economía.

La consagración de la doble instancia no es gratuita, sino extremadamente costosa. Eleva los costos administrativos que no son exactamente de valor simbólico. Se trata de sueldos, infraestructura, personal, notificaciones, transporte, tiempo, etcétera. Cada uno de estos conceptos representa una cuota significativa del presupuesto de la República. No cabe la menor duda que la doble instancia implica un gasto para el erario nacional.

En ese sentido, se puede concluir que somos los propios particulares quienes con nuestros impuestos subsidiamos a la doble instancia. En otras palabras, estamos obligados a pagar para que los procesos sean más largos. Si hiciésemos estadísticas y enumeráramos los costos administrativos que se derivan de la consagración de la doble instancia nos percataríamos que son muy significativos.

Al respecto, Cooter y Ulen han señalado que *“intentando una definición de costos administrativos se ha señalado que “la administración es la suma de todos los costos para todos los involucrados en el paso por las etapas de una disputa legal, como los costos que se derivan la apelación”²³³*.

²³³ Como bien han señalado Cooter y Ulen, estos costos administrativos incrementan sustancialmente el costos social. Al respecto, han señalado que *“la medida más simple de los costos sociales es la suma de los costos administrativos y los costos del error”*. COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1969, p. 477.

Como bien señalan los autores, la apelación incrementa los costos administrativos y, consecuentemente, los costos sociales. Así, la consagración de la apelación viene acompañada de todos esos costos administrativos. No hay tal cosa como un almuerzo gratis. Este es un factor adicional que debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar si conviene o no contar con la doble instancia.





SUBCAPÍTULO V:
EXTERNALIDADES E INTERNALIZACIÓN DE COSTOS

Las externalidades son “efectos no contratados”. En toda actividad humana hay costos y beneficios que son asumidos por el propio causante, pero hay veces en que estos costos y beneficios son asumidos por terceros. A estos costos y beneficios no asumidos por el agente se les denomina externalidades²³⁴.

La interacción humana hace que nos tropecemos con innumerables externalidades en el transcurso de nuestra vida: respirar el perfume de un compañero de trabajo, encontrarnos con una calle cerrada por el curso de Wong, los ladridos del perro del vecino que no nos dejan dormir, pasar por delante de la casa en que vivimos en nuestra infancia y un largo etcétera. Unas más obvias que otras, pero al fin y al cabo, cada una de ellas, externalidades²³⁵.

Estamos condenados a vernos afectados por conductas de terceros. Es más, si se analiza detenidamente, probablemente en este mismo instante nos estamos viendo beneficiados o perjudicados por la externalidad de un tercero. Éstas en el común denominador de los casos generan una divergencia entre lo privado y lo social²³⁶.

La mayor parte de las veces puede resultar muy costoso que quien genera la externalidad la internalice, pero en ocasiones es conveniente eliminar la existencia de externalidades, pues muchas veces nos llevan a resultados

²³⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a otros?* En: Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales, Palestra Editores, p. 152.

²³⁵ Al respecto, el profesor Bullard ha anotado que “no cabe la menor duda que la interacción de la vida social hace que a cada paso nos encontremos con externalidades: mirar una mujer bonita, perder tiempo porque el carro que va delante nuestro se detiene a recoger pasajeros, el ruido que ocasiona un avión supersónico, un accidente de tránsito, el perder una función de cine porque los revendedores se nos adelantaron en comprar las entradas, etc. Casi cualquier cosa que hagamos genera beneficios y costos para terceros”. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a otros?* En: Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales, Palestra Editores, p. 152.

²³⁶ *Ibidem*, p. 152.

ineficientes²³⁷. Así, en palabras de Bullard, las externalidades constituyen un problema que todos buscan solucionar pero que con frecuencia es muy costoso arreglar²³⁸.

Pigou sostenía que solo cabe resolver la divergencia entre el costo privado y el costo social mediante la intervención del Estado. Así, bajo el esquema de este autor, el Estado debía prohibir o gravar con impuestos las actividades que generen externalidades, a fin de corregir los defectos de mercado.

En propias palabras, Pigou sostenía que *“aun en los Estados más avanzados hay fracasos e imperfecciones. Existen muchos obstáculos que evitan que los recursos de una comunidad se distribuyan en la forma más eficiente. El estudio de esto constituye nuestro problema presente. Sus fines son esencialmente prácticos. Este busca aclarar algunas de las formas en que los gobiernos pueden actualmente o en el futuro controlar el juego de las fuerzas económicas de modo de promover el bienestar económico y, a través de ello, el bienestar total de sus ciudadanos como un todo”*²³⁹.

Sin embargo, según Coase es inexacto sostener que la divergencia entre el costo privado de una actividad y su costo social debe ser resuelta siempre a través de la intervención del Estado. Coase sostiene que todo depende de la

²³⁷ El profesor Demsetz apunta que precisamente “los derechos de propiedad aparecen cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al costo mismo de la internalización (es decir, el costo de poner en vigencia los derechos de propiedad). DEMSETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*. En *American Economics Review* N° 57, 1967, p. 347.

²³⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: *Apuntes N° 28*, 1991, p. 110.

²³⁹ A.C. PIGOU. *The Economics of Welfare*. 4ta edición, 1932, p. 129-130.

existencia o no de costos de transacción²⁴⁰. En esa línea de criterio, Coase apunta que *“Pigou alega una frase que contrasta las tendencias “naturales” con la acción del Estado, que parece, en algún sentido, igualar los ordenamientos presentes con las tendencias “naturales” e implicar que es lo que se requiere para ocasionar estas mejoras es la acción del Estado (si es posible)”*²⁴¹.

En este escenario, Coase plantea que cuando los costos de transacción no son realmente significativos, el mercado, por sus propios mecanismos, acercará a los individuos a la solución más eficiente²⁴². Sin embargo, el mismo autor propone que cuando estos costos hagan prácticamente inviable la solución contractual, las opciones deben ser o que se establezca preferentemente un sistema de responsabilidad civil que obligue a internalizar los costos o que subsidiariamente el Estado intervenga²⁴³.

Así, lo cierto es que cuando se trata de actividades que generan un costo social significativo, de alguna u otra manera deben ser los propios individuos quienes deben asumir las consecuencias de sus actos. A este proceso se le conoce como la internalización de las externalidades. Adviértase que las externalidades deben ser internalizadas –por regla general– utilizando el sistema de derechos de propiedad y solo subsidiariamente a través del sistema de responsabilidad civil²⁴⁴. Como bien explica Demsetz, la principal función de

²⁴⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Cuando la gente se equivoca. La asimetría y los defectos de información en la contratación*. En: Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales, Parte IV, Sección VII, Palestra Editores, p. 439.

²⁴¹ COASE, Ronald. *The problem of the social cost*. En: The Journal of Law and Economics, Vol. 3, 1960, p. 115.

²⁴² En palabras de Bullard, las externalidades no solo se internalizan usando el sistema de responsabilidad civil, sino el sistema de derechos de propiedad. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: Apuntes N° 28, 1991, p. 120.

²⁴³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: Apuntes N° 28, 1991, p. 105.

²⁴⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: Apuntes N° 28, 1991, p. 120.

la propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos y dañinos derivados del uso de bienes²⁴⁵.

Pero, ¿qué relación tiene el proceso con las externalidades? En realidad mucha. El proceso es quizá por antonomasia el fenómeno que más externalidades provoca. Y el sistema de justicia no es más que una secuela de la suma de estas externalidades. Lo que es más, en realidad el sistema de justicia está plagado de externalidades.

Sobre este particular, el profesor Mosset Iturraspe sobre el corolario de las externalidades en el sistema de justicia, ha señalado lo siguiente:

“¿Y las presiones que los jueces sufren? ¿Y las especificidades del “servicio de justicia”? Las exigencias del despacho diario, las acumulaciones de los expedientes a sentencia, la necesaria acomodación a un ritmo exigente de trabajo, la escasez del personal que colabora con el juez, las actitudes de los justiciables y de sus letrados; tantos y tantos aspectos que llevan a distinguir las “faltas de servicio” como errores provocados y excusables, de las “faltas personales” como equivocaciones que no hallan explicación suficiente y satisfactoria”²⁴⁶.

¿Cómo se generan estas externalidades? Cuando uno accede a la jurisdicción estatal está creando una externalidad que nunca es internalizada por uno mismo, sino por la sociedad. Es decir, visto en abstracto, iniciar un proceso sin

²⁴⁵ DEMZETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*. En: *American Economics Review* N° 57, 1967, p. 347.

²⁴⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El error judicial*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 14.

una reflexión previa es una decisión irresponsable, puesto que el inicio de tu proceso afecta la duración de los demás procesos.

En ese sentido, Pasquel y Bayly, acerca de la existencia de externalidades en el sistema de justicia estatal, han señalado lo siguiente:

“Cada vez que un nuevo individuo ingresa al servicio de justicia genera externalidades negativas en sus demás usuarios, pues el incremento de la carga procesal elevará el tiempo en el que se resuelvan sus conflictos. En vista de ello, queda claro que, en este caso, la justicia impartida tiene la primera característica de los bienes privados, es decir, consumo rival”²⁴⁷.

Si hay algo que pasa inadvertido hasta el día de hoy es que no se comprenda que el proceso genera costos. En términos cousianos un “costo social”. El profesor Priori utiliza una metáfora en sus clases y señala que el sistema de justicia es como una olla de palomitas de maíz. Cada maíz representa un conflicto y el período en que es tostado en la sartén representa la duración del proceso. El problema estriba en que –como el sistema de justicia– esa olla de conflictos tiene una capacidad. Y cada día van ingresando más y más maíces a la olla sin ningún límite. El profesor Priori anota que la olla de conflictos del Perú se encuentra en el límite, y si sigue en el mismo camino, la olla va a explotar (si es que no ha explotado ya). Como se puede observar, la metáfora

²⁴⁷ PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: THEMIS N° 46, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 316.

sugiere que si no se hace nada al respecto, el sistema de justicia estatal va a colapsar.

Sobre este punto, el profesor Priori en términos similares a los utilizados en clase, ha señalado textualmente lo siguiente:

“Creemos que muchas veces no somos capaces de pensar que los conflictos se producen más rápidamente que las soluciones que se les dan. Por ello, cada vez tenemos más conflictos que soluciones. El Poder Judicial es un depósito o una olla de conflictos sociales antes que una fuente de soluciones. Creemos que si no reformamos inmediatamente el sistema de impugnación, esa olla puede explotar (si es que ya no empezó)”²⁴⁸.

En la misma línea, Pasquel y Bayly se han pronunciado en el mismo sentido señalando lo siguiente:

“Uno de los principales problemas del Poder Judicial es la poca rapidez con la que resuelven las demandas de los que acuden a él. Cada demanda que ingresa al servicio de justicia aumenta la carga procesal que éste soporta y vuelve más lenta la resolución de cada conflicto, lo cual genera un enorme costo a cada uno de los usuarios de dicho servicio. Así como en el caso de las vías públicas, llega un momento en el

²⁴⁸ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 421.

*que el ingreso de un usuario adicional generará un costo social mayor al beneficio social que su ingreso implica*²⁴⁹.

Debe advertirse que el Juez es humano y, por tanto, el tiempo del que dispone es limitado. No puede atender a todos los procesos a la vez. Mientras más procesos tenga a su cargo, tiene menos tiempo para repartir entre los mismos. Entonces ante esta realidad –como señalan Pasquel y Bayly– llegará un punto en que *“para que nuevos sujetos resuelvan sus propios conflictos y se beneficien del servicio de justicia, será necesario incurrir en una serie de costos, como aumentar el número de funcionarios judiciales (así como el número de oficinas, computadoras o papel)*²⁵⁰”. No obstante, como no es difícil advertir, esto no es posible por la limitación de presupuesto que tiene el Poder Judicial.

Por estas consideraciones, se puede colegir que mientras más procesos sean iniciados, más se demorarán los demás procesos. Más alejados de la efectividad se encontrarán. En ese sentido, cada vez que alguien le toca las puertas al Poder Judicial está creando una divergencia entre el costo privado y el costo social, externalidad que nunca es internalizada por este último.

Hasta el momento hemos advertido las externalidades que se generan como consecuencia del ejercicio del derecho de acción. Pero, ¿qué relación tiene ello con la doble instancia? Pues mucha. En realidad, con la doble instancia sucede

²⁴⁹ PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: THEMIS N° 46, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 316.

²⁵⁰ PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: THEMIS N° 46, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 316.

exactamente lo mismo. Nótese que la manifestación por antonomasia del principio de doble instancia es la apelación.

Así, se ha dicho que la apelación es una manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción. Por ello a esta garantía se le ha denominado con frecuencia el derecho de acceso a través del recurso. En ese sentido, es lógico pensar que las externalidades pueden ser creadas tanto por el derecho de acceso a la jurisdicción como por el derecho de acceso a través del recurso²⁵¹. Sobre dicho particular, se ha señalado lo siguiente:

“Ese poder [la apelación], se ha dicho, es una emanación del derecho de acción, o una parte de éste. También se ha dicho que entre la acción y el medio impugnativo (recurso) existe una relación del todo a la parte.

Esta vinculación con el derecho de acción (él ya ha sido estudiado) hace que se deba cumplir, también en este caso, que se trata de un derecho abstracto, que no está condicionado a la existencia real del defecto o injusticia. O dicho de otra manera, que no interesa que quien recurre tenga un derecho concreto; basta que invoque su poder (abstracto) para que se le permita ejercer la actividad impugnativa, aunque luego, como sucede con la acción, se le deniegue el derecho”²⁵².

²⁵¹ En el mismo orden de ideas, se ha señalado que “como una emanación del principio dispositivo que predomina en todos nuestros derechos, surge el de la posibilidad de los medios impugnativos, que significa que la impugnación se da en la medida en que una parte la plantea y con respecto a ella, y no a otros sujetos procesales. Lo cual resulta una aplicación de lo dicho antes, de que se trata de una emanación del derecho de acción”. VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 13.

²⁵² VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1998, p. 13.

Con igual criterio, la Corte Suprema de Justicia de la República ha expresado la vinculación entre el derecho de acceso a la jurisdicción y el principio de doble instancia con las siguientes palabras:

“La tutela jurisdiccional efectiva tiene un contenido de derechos, principios y garantías procesales que la integran, cuya infracción podrá ocurrir de múltiples formas, siendo una de ellas, la aplicación de excesivos formalismos que impiden el acceso a la jurisdicción a través de la restricción al derecho a la doble instancia; claro está que las formas procesales no son valores autónomos con sustantividad propia, sino que sólo sirven en cuanto que son instrumentos dirigidos a lograr la finalidad legítima de establecer las garantías procesales necesarias para los litigantes”²⁵³.

Así, cuando una persona interpone recurso de apelación está afectando la duración de los demás procesos que se encuentran en trámite porque claramente el Juez no puede atender todos los procesos a la vez. En efecto, la doble instancia implica una exigencia al Juez no solo que el propio proceso dure más, sino que todos los procesos alternos también lo hagan.

Probablemente si analizamos las externalidades de la apelación de forma aislada, el resultado nos parezca insignificante, pero si lo vemos en términos abstractos, es decir, atendemos a los miles de miles de procesos en que se interponen recursos de apelación todos los días, pues llegaremos a la inexorable conclusión que efectivamente la doble instancia genera un costo

²⁵³ Casación N° 1211-2000 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 2 de enero de 2001, p. 6691-6692.

social y no cualquier costo, sino uno realmente significativo que muchas veces termina logrando que el propio diseño del proceso sea el que vulnere derechos. Entonces el ordenamiento jurídico pierde legitimidad –muchas veces– por las externalidades que la doble instancia crea en el sistema.

Como se puede apreciar, tanto el derecho de acceso a la jurisdicción como la doble instancia crean una “tragedia de los comunes”, puesto que coadyuvan a la sobreexplotación del Poder Judicial. En efecto, estas garantías crean externalidades que nunca son internalizadas por los justiciables. El problema reside en que no podemos eliminar el derecho de acceso a la jurisdicción porque probablemente sea uno de los derechos más fundamentales de todos. Sin la consagración del derecho de acceso a la jurisdicción, no es posible hablar de un Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto, Cappelletti²⁵⁴ y Garth han expresado lo siguiente:

“El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico –el derecho humano más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar y no solo proclamar los derechos de todos”²⁵⁵.

²⁵⁴ Resulta muy importante referirnos al proyecto de Florencia para el acceso de justicia dirigido por Mauro Cappelletti en la década de 1970. Con este proyecto pasa revista de los diversos esfuerzos llevados a cabo por varios países para contrarrestar las diversas barreras de acceso, asociadas básicamente a la noción de pobreza legal y a la ausencia del Estado, sea porque no se le dotaba de los recursos suficientes para tener el número necesario de abogados de oficio, sea porque la población desconocía sus derechos. LA ROSA CALLE, Javier. *Acceso a la justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública*. En: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12428.pdf> (consulta: 02/01/2014).

²⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro y Bryan GARTH. *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de cultura económica, México, 1996, p. 9.

Pero también hemos visto que el derecho de acceso a través del recurso (apelación) genera el mismo efecto. Es decir, genera externalidades que no son internalizadas por la persona que decide apelar. Y, a diferencia del derecho de acción, la doble instancia no es un derecho fundamental ni tampoco debería serlo.


En tal sentido, no es difícil advertir que la doble instancia contribuye a la sobreexplotación del Poder Judicial. Es decir, coadyuva a esta tragedia de los comunes²⁵⁶. Así, el problema reside en que todos apelan y nadie asume los reales costos que la apelación implica. Bajo esos términos, se incentiva las apelaciones sin ningún límite. El efecto es el colapso del sistema de justicia. El resultado es trágico.

Lo que sucede es que bajo la premisa que la doble instancia es una garantía procesal indispensable para un debido proceso, se toma en cuenta el beneficio, pero no el costo. Como correlato, los individuos usan como un bien infinito un bien que por definición es finito, con lo cual el comportamiento de los individuos no se condice con el nivel de escasez del bien y, por consiguiente, se apela siempre sin reparos. Así las cosas, si estamos de acuerdo en que el Poder

²⁵⁶ No tenemos reparos en señalar que actualmente el sistema de justicia está sufriendo de una tragedia de comunes. Esta teoría propuesta por Garret Hardin es graficada con un ejemplo. Se trata de una llanura abierta al uso de todos (es decir, sin propietario, o de propiedad de todos, que para estos efectos es lo mismo). Así, cada pastor tratará de traer a la llanura todo el ganado posible. Esto no generará problemas mientras las dimensiones de la llanura soporten todas las necesidades del nuevo ganado. Pero conforme aparecen más pastores aparecerán comenzará a saturarse la capacidad de alimentación que ofrece la llanura (es decir, que los pastos y el agua se irán convirtiendo en bienes cada vez más escasos)²⁵⁶. Nosotros tenemos en señalar que esto es exactamente lo que está ocurriendo en el Poder Judicial. En efecto, en la actualidad, la justicia es considerada –casi sin cuestionamientos– como un bien público. El problema es que este mito no nos deja entrever sus reales costos. No se advierte que bajo este mito todos los individuos pueden usar este bien como un bien de todos y nadie asume los reales costos que su uso implica. El efecto es la sobreexplotación de las causas en el Poder Judicial y, hay que decirlo, la injusticia. La consecuencia final es el colapso del sistema de justicia. Un sistema planteado en estos términos incentiva a incrementar las causas sin ningún límite (en un mundo en que por definición los recursos son limitados). El destino es la ruina. Lo que sucede en buena cuenta es que bajo la premisa de que la justicia es un bien público, al reconocer derechos como la doble instancia, se toma en cuenta el beneficio pero no el costo. A esta divergencia se le denomina externalidad. Un sistema de propiedad común (como el que existe en el sistema de justicia peruano) lleva a que los individuos usen como un bien infinito un bien que es finito, es decir, escaso, con lo cual el comportamiento no se condice con el nivel de escasez del bien. El problema que sufre la administración de justicia es que el régimen actual no incentiva un uso eficiente de los recursos.

Judicial está sufriendo una tragedia de comunes, la culpa la tiene parcialmente la doble instancia²⁵⁷.

²⁵⁷ Al apelar, por ejemplo, los individuos consideran los beneficios pero no los costos. En términos prácticos, los causantes no toman en cuenta el nivel de escasez de los recursos que utilizan, derivándose de ello la sobreexplotación del Poder Judicial. Ciertamente, cuando la abundancia del bien así lo amerite no tiene sentido definir derechos de propiedad, sin embargo, la justicia, en tanto se traduce a su vez en recursos como tiempo, dinero, información, infraestructura, es por definición, un bien limitado. Como se puede apreciar, nos encontramos ante una situación similar a la de la tragedia de los comunes, pues, al no internalizar en cada individuo todos los costos de su actuación, se llega a una situación de sobreexplotación y –consecuentemente– de pérdida social. Al respecto, los profesores Pasquel y Bayly han expresado lo trágico que puede resultar asignar derechos de propiedad pública sobre bienes privados, señalando que *“la consecuencia de asignar derechos de propiedad pública sobre bienes privados es nefasta [...]. El hecho de que un bien sea, en buena parte, de acceso abierto al público y que, por tanto, todos los costos y beneficios no sean internalizados por un mismo individuo, determina que el servicio de justicia se utilice más allá del nivel deseado”*. PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: THEMIS N° 46, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 316. Pero, ¿qué pruebas tenemos de que actualmente existe una sobreexplotación en el Poder Judicial? De manera referencial para hacernos una idea del nivel de sobrecarga procesal que soporta el actual sistema de justicia, hay que tener en cuenta lo siguiente: *“solamente en el año 1997, la carga aumentó en un 23% (de 1'328,965 casos a 1'724,845 casos), existiendo al año 2001 una brecha entre la carga procesal y la resolución de casos de casi 50%. Ello lleva a que en nuestro país la duración de un proceso penal ordinario de reo libre que termina en la Corte Suprema sea de 923.50 días aproximadamente, mientras que en el caso de un procedimiento sumario, irónicamente, llegue a ser de 995 días. El caso de los procesos de amparo es igual de dramático, pues sólo en la segunda instancia el procedimiento dura un promedio de 104.06 días, mientras que ante el Tribunal Constitucional el 66% de casos dura entre 180 y 360 días”*. *Acceso a la justicia y defensoría del pueblo*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001. p. 169 y 181. Es más, ante la sobrecarga procesal en distintos países se han adoptado medidas realmente absurdas. Así, por ejemplo, en Colombia, la Ley 1395 de 2010, denominada Ley de Descongestión, dispuso que todo Juez frente al que se adelanta un proceso, tendría que dictar sentencia dentro del año siguiente a la notificación de la providencia admisorias, al demandado; y a su vez, estableció que el Juez de segunda instancia debía proferir sentencia dentro de los 6 meses siguientes al momento en que fue recibido el expediente por el juez *ad quem*. Esta es sin duda una de las leyes más absurdas que hemos leído en nuestra vida. En un mundo en que las personas actúan en base a incentivos, es evidente que una ley propuesta en esos términos, va a propiciar la interposición de causas en el Poder Judicial sin ningún límite. Ahora, ¿se imaginan la calidad de dichas sentencias? Las personas que propusieron dicha Ley definitivamente creen que la justicia es un juego. Los Jueces no sentencian ocho (8) años después por flojos (aunque seguramente en algunos casos sí), sino porque la multiplicidad de causas no les permite resolver las controversias de forma oportuna. En ese sentido, si la propiedad se presenta como una necesidad en aquellos bienes considerados escasos, quizá debiésemos sugerir que se repiense el carácter “público” de la justicia. Ello no podría ser de otra manera, en tanto que la escasez de los recursos de la administración de justicia justifican que se cree un régimen de propiedad en que cada quien asuma los beneficios y los costos de sus causas. De esta manera se internalizarían los costos con lo cual se crearían los incentivos para la utilización eficiente de los recursos. No es una novedad que ante la internalización, los individuos tienden a tener en consideración los efectos que generan con sus actos, lo que deriva en un resultado eficiente si los individuos actúan racionalmente. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a otros?* En: *Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, p. 152.



SUBCAPÍTULO VI:
LA DOBLE INSTANCIA: MECANISMO INSTITUCIONALIZADO PARA LA
MALA FE PROCESAL

Quizá una famosa logre expresar la gran preocupación que nos envuelve cuando escribimos acerca de este punto: *“la apelación es el peor enemigo del derecho material”*. No podría ser de otra manera, puesto que hoy la apelación se ha convertido en el recurso institucionalizado para actuar de mala fe. En la medida que nadie asume los reales costos que implica apelar, todos apelan. El recurso de apelación hoy se ha convertido en el mecanismo institucionalizado para dilatar el proceso.

Sí, hoy los incumplientes pueden estar felices. A pesar de que tengan la convicción de que no tienen la razón, el ordenamiento jurídico les confiere la posibilidad de que dilaten el proceso mediante el recurso de apelación. Mientras tanto, el legítimo titular puede esperar. Más importante es que el incumpliente pueda ejercer su derecho a la doble instancia.

Pero lo peor no se ha dicho y es que en la actualidad la doble instancia no se presenta de manera eventual, sino que se ha convertido en un ritual. No hay quien hoy luego de ser notificado con una resolución adversa, no ejerza su derecho a la doble instancia. No hay quien no haya internalizado que ante un resultado desfavorable debe apelar. Hay que impugnar, siempre hay que impugnar²⁵⁸. No importa que ello dilate el proceso, desperdicie el tiempo y mate a la justicia²⁵⁹.

En ese sentido, el profesor Jorge Peyrano ha apuntado que *“una de las modalidades más deletéreas de la inconducta procesal, es el abuso recursivo*

²⁵⁸ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista Advocatus, Número 9, p. 407.

²⁵⁹ PRIORI POSADA, Giovanni. *El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites*. En: Revista lus et Veritas, Número 26, p. 173.

caracterizado por la sucesión de recursos interpuestos por una misma parte, resultado todos ellos notoriamente improcedentes²⁶⁰”.

Como se sabe, el Código Procesal Civil Peruano ha introducido en el artículo IV de su Título Preliminar el principio de la buena fe que debe guiar a las partes durante la tramitación del proceso imponiendo, también, el deber del juez el deber de impedir y sancionar cualquier conducta que se viene discutiendo hoy en día²⁶¹.

Sin embargo, no exageramos cuando señalamos que la mala fe impera en el proceso civil peruano. No importa que los litigantes tengan la convicción de que no tienen la razón, no importa que se dilate el proceso, no importa que se relativice la efectividad, siempre se debe apelar.

Al respecto, la profesora Ariano ha señalado expresamente lo siguiente:

“El paso de una “instancia” (la primera) a otra (la segunda) no es por “generación espontánea”, sino por un acto de parte, y en concreto a través de los que solemos llamar un “medio de impugnación””.

En términos técnico–procesales coincidimos con la profesora Ariano cuando señala que la apelación se materializa a través de un acto por iniciativa de

²⁶⁰ Al respecto, el profesor Peyrano ha señalado que *“la imaginación del litigante malicioso es inagotable y posee la particularidad de que cuando tiene éxito, prolifera. El ingenio del legislador siempre ha procurado conjurar la actividad procesal desleal, pero –la realidad manda– los resultados no son buenos”*. PEYRANO, Jorge W. *El abuso procesal recursivo o situaciones de recursos ad infinitum*. En: *Ius et Veritas* N° 33, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, p. 196.

²⁶¹ BUSTAMANTE GUTIÉRREZ, Luis Enrique. *Acerca de la mala fe procesal y sus implicancias*. En: *Compendio de Ensayos de Ensayos de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado*. *Ius et Veritas*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2008, p. 297.

parte. Sin embargo, en términos figurativos, tendríamos que disentir de la profesora Ariano, puesto que hoy pareciese que la apelación responde a una generación espontánea. Pareciese que el recurso estuviese mecanizado de una instancia a otra. No hay quien hoy no apele la resolución de primera instancia.

En múltiples casos vemos que la sentencia tutela el legítimo derecho del titular de la situación jurídica de ventaja y, a pesar de ello, la contraparte ejerce el derecho a apelar sin reparos. El problema es que la consagración de la doble instancia como principio constitucional no mide los costos que su ejercicio implica. Los litigantes pueden apelar y apelar. La situación es dramática.

Lo que es más, imagínense que estas apelaciones –en la mayor parte de los casos– tienen efecto suspensivo, con lo cual la apelación se presenta como una panacea para la mala fe procesal. La realidad descrita demuestra que más allá de los propósitos bienintencionados que puedan justificar a la doble instancia, hoy se ha convertido por antonomasia en la institución reconocida por el ordenamiento jurídico mediante la cual se puede dilatar el proceso, sin ninguna consecuencia opresora destinada a sancionar dicha conducta maliciosa. En otras palabras, se trata del mecanismo institucionalizado para la mala fe procesal²⁶².

²⁶² Al respecto, el profesor Bustamante ha señalado que *“los denominados actos procesales actos procesales maliciosos son un reflejo de nuestra cultura pues es un medio para alcanzar un resultado deseado utilizando medios no necesariamente válidos”*. BUSTAMANTE GUTIÉRREZ, Luis Enrique. *Acerca de la mala fe procesal y sus implicancias*. En: Compendio de Ensayos de Ensayos de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado. *Ius et Veritas*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2008, p. 301.



SUBCAPÍTULO VII:
APLICACIÓN DE LA SEGUNDA FORMULACIÓN DEL TEOREMA DE
COASE

Uno de los grandes desafíos a los que nos enfrentamos hoy en día consiste en determinar cuándo es que la asignación de los recursos debe hacerse a través del mercado, mediante decisiones atomizadas y no coordinadas de ofertantes y demandantes, y cuándo debe hacerse bajo un esquema planificador y a través de decisiones centralizadas.

En el libro *“the problem of the social cost”* de Ronald Coase encontramos la respuesta a esta pregunta a través del “Teorema de Coase”. Este teorema nos ayuda a entender el sistema económico e incluso las instituciones jurídicas, sobre todo si nos encontramos analizando el ámbito contractual.

Este trabajo destaca que cuando los costos de transacción no son prohibitivos, las personas llevarán a cabo transacciones generalizadas, creando así mercados, no solo para evitar caer en ineficientes estructuras jerárquicas y centralizadas, sino también para llenar el vacío dejado por la inexistencia de mercados o mecanismos de organización centralizada. El mercado, por sus propios mecanismos, tiende a acercarse a la solución más eficiente²⁶³.

El Teorema de Coase puede ser formulado de dos maneras distintas que al fin y al cabo expresan la misma idea. La primera formulación del Teorema de Coase puede ser enunciado en las siguientes palabras:

²⁶³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: Apuntes N° 28, 1991, p. 108.

“Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente”²⁶⁴.

La idea que se enmarca en el Teorema de Coase es que los individuos son los mejores jueces de sus propias decisiones. Nadie se encuentra en mejor posición que ellos mismos para determinar como satisfacer sus propios intereses. A este principio económico se le denomina soberanía del consumidor o, tal y como fue enunciado por Rothbard, soberanía del individuo:

“En lugar de hablar de “soberanía del consumidor”, sería más preciso afirmar que en el mercado libre hay soberanía del individuo: soberano en cuanto a su persona y a sus propios bienes. Esto puede denominarse propia soberanía individual”²⁶⁵.

En efecto, siempre que los costos de transacción sean inexistentes, la regulación por parte del Estado es innecesaria y –ante todo– ineficiente²⁶⁶. Los agentes económicos de manera espontánea tienden a acercarse a soluciones eficientes. Así, cuando los costos de transacción son inexistentes, la solución de mercado puede llevarnos a la mejor alternativa. Todos podemos, sin embargo, intuir que un mundo en el que los costos de transacción son iguales a

²⁶⁴ COASE, Ronald. *The problem of the social cost*. En: The Journal of Law and Economics, Vol. 3, 1960.

²⁶⁵ ROTHBARD, Murray N. *Monopolio y Competencia*. En: Revista Libertas 34, Instituto Universitario ESEADE, 2011, p. 44.

²⁶⁶ Los profesores Cooter y Ulen ensayan una clasificación de los costos de transacción según su naturaleza y en base a los momentos diferentes del devenir contractual: (i) costos de búsqueda, referidos a los costos de identificar con quién y sobre qué contratar. Por ejemplo, el tiempo y dinero invertido para identificar a la contraparte, conocer mis necesidades y preparar la formulación de una oferta, entre otros; (ii) costos de arreglo, entendidos como aquellos derivados del proceso de negociación y redacción de los términos contractuales, lo que incluye el tiempo, el costo de oportunidad durante las discusiones del contrato, los honorarios de abogados, etc; (iii) costos de ejecución, que incluye el costo de hacer cumplir el contrato una vez celebrado éste, monitoreando el cumplimiento, y movilizándolo los mecanismos necesarios para castigar la inejecución del mismo, lo que va desde la ejecución de garantías contractuales hasta los costos de los procesos judiciales y arbitrales que fueran necesarios. COOTER, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, México. Primera Edición en español, p. 120-121.

cero no existe o es irreal. Siempre hay costos vinculados a la celebración de cualquier contrato²⁶⁷. Costos muchas veces insignificantes, pero costos al fin y al cabo.

No obstante lo expuesto, consideramos que la primera formulación del Teorema de Coase es realmente útil porque nos permite deducir que en aquellos casos donde los costos de transacción no son significativos la solución de mercado puede conducirnos a la mejor alternativa²⁶⁸.

Ahora bien, Ronald Coase fundamenta la existencia de los costos de transacción con las siguientes palabras:

“Hemos seguido hasta aquí bajo el supuesto de que no existen costos de transacción para llevar a cabo transacciones en el mercado. Este es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién queremos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observen. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos”²⁶⁹.

²⁶⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: Apuntes N° 28, 1991, p. 108.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 108.

²⁶⁹ COASE, Ronald. *The problem of the social cost*. En: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 98. El profesor Coase prosigue señalando lo siguiente “cuando tratamos el problema de reordenamiento de los derechos legales a

En la misma línea, el profesor Alfredo Bullard explica el concepto de costos de transacción bajo la teoría Cousiana en los siguientes términos:

“El punto central en la teoría Cousiana es el concepto de “costos de transacción”. La idea es muy sencilla: celebrar un contrato cuesta. Si yo quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero comprar y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta. Pero luego tengo que negociar con el probable vendedor que también deberá invertir recursos en ubicarme y en averiguar quién soy. Esta negociación puede consumir también una cantidad importante de recursos”²⁷⁰.

Como podemos observar, esta constatación de que contratar cuesta no es más que la evidencia de la existencia de los costos de transacción. En otras palabras, el concepto de costos de transacción explica por qué no todo se puede solucionar por el mercado.

Ahora bien, se suele pensar que cuando de conflictos se trata, y en estricto, en lo que se refiere a los servicios brindados por el sistema de justicia, los costos de transacción son prohibitivos. En otras palabras, existe la hipótesis que no es razonable pensar que con antelación a la existencia de un conflicto, las partes

través del mercado, se sostuvo que tal reordenamiento se haría a través del mercado cada vez que esto condujera a un incremento del valor de la producción. Pero esto suponía transacciones de mercado sin costo. Una vez que son tomados en cuenta los costos de llevar a cabo transacciones de mercado, es claro que tal reordenamiento de los derechos sólo se emprenderá cuando el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurrirá por este hecho”

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 104

puedan negociar y pactar el diseño del mecanismo que utilizarán para resolver un eventual conflicto que se podría suscitar en el futuro. Nosotros disentimos de dicha hipótesis. Consideramos que cuando los conflictos versan sobre una materia de libre disposición, los costos de transacción en el mercado de solución de conflicto, son bajos²⁷¹.

Sin perjuicio de lo antes dicho, admitamos por un instante que no es razonable pensar que, con antelación a la existencia de un conflicto, las partes puedan negociar y pactar el diseño del mecanismo que utilizarán para resolver un eventual conflicto que se podría suscitar en el futuro. ¿Por qué es relevante

²⁷¹ Entonces a la aseveración “no es razonable pensar que con antelación a la existencia de un conflicto, las partes pueden negociar y pactar el diseño del mecanismo que utilizarán para resolver un eventual conflicto que se podría suscitar en el futuro”, podemos replicar respondiendo: ¿entonces qué es el arbitraje? ¿Para qué sirve un convenio arbitral si no para pactar el diseño del mecanismo que utilizarán las partes para resolver un eventual conflicto que se podría suscitar en el futuro? Todo indica que cuando se trata de controversias patrimoniales de libre disposición²⁷¹, los costos de transacción en el mercado de solución de controversias, son relativamente bajos. ¿Qué entendemos por libre disposición? Al respecto, Lorca Navarrete y Silguero Estagnan han señalado que “los términos poder de disposición – libre disposición son [...] aquellas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas, esto es, la potestad normativa creadora que, a través del negocio jurídico, expresión de ese poder o libertad y fuente de disposiciones, reglamentaciones o normas privadas, el Ordenamiento reconoce y ampara, en tanto se ejercite sobre el ámbito que previamente le señala y que es el representado por los propios intereses de las partes negociales o, en términos negativos, en tanto no recaiga sobre materia sustraída a la autorregulación de los particulares, ya que todos – indisponibilidad absoluta– ya de aquellos que dictan *lex privata* sobre asuntos que solo pueden ser reglamentados con los negocios celebrados por otros, indisponibilidad relativa”. En: LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN, Derecho de Arbitraje Español, Dykinson, Madrid, 1994, p. 38. En la misma línea, Mantilla Serrano ha precisado que “la referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin contenido patrimonial. La Ley de Arbitraje se inscribe así en la tendencia mundial de ampliar al máximo el ámbito de las materias arbitrales y por ello evita enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje”. En: MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje*. Iustel, Madrid, 2005, p. 45-46. Finalmente, Cantuarias señala que, con carácter general, hay ciertas materias sometidas al arbitraje: (i) cuestiones que atentan contra la moral o la buenas costumbres; (ii) reclamaciones referidas a delitos o faltas; (iii) cuestiones referidas al estado y la capacidad civil; (iv) integración y modificación de contratos; (v) patentes y marcas; (vi) reestructuración patrimonial; (vii) controversias referidas a la Libre Competencia; (viii) controversias referidas al Derecho Laboral. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Comentario al artículo 2 de la Ley General de Arbitraje*. En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Carlos Alberto SOTO COÁGUILA (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, p. 9-15. En esa línea se pronuncia Cantuarias que precisa que “en ciertas controversias, como son las patrimoniales de libre disposición, no tiene por qué existir un interés del Estado de resolverlas directamente. Este interés debe concentrarse, en cambio, en velar que existan vías eficientes (como el arbitraje) que solucionen de manera definitiva los conflictos”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, p. 4. En el mismo orden de ideas, autores de la talla de Caivano han señalado textualmente que “las dificultades con que tropieza el justiciable para acceder al sistema jurisdiccional clásico, han generado en los últimos tiempos una tendencia a la revitalización de formas arbitrales o auto-compositivas. Y ello tiene base filosófica, ya que si bien el juzgamiento de los litigios en general tiene importancia colectiva, y por consiguiente carácter público, la mayoría de las controversias solo afectan a los individuos entre los cuales se produce”. CAIVANO, Roque J. *Negociación, conciliación y arbitraje*. Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (Apenac), Lima, 1998, p. 227-228. Como se puede apreciar, en cierta medida, la justicia –con respecto a un número significativo de controversias– puede ser considerada como un bien privado. Esto no podría ser de otra manera, en tanto la decisión de la controversia solo importa a las partes. Sobre el particular, Pasquel y Bayly han expresado que “cuando un juez soluciona, por ejemplo, un problema contractual sobre la titularidad de un bien, la justicia que imparte es un bien privado. La resolución que determine quién es su propietario solamente beneficiará a las partes involucradas e individuos adicionales se verán impedidos de beneficiarse de ella”. PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: THEMIS N° 46, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 316.

esta hipótesis? ¿Cuáles son sus implicancias con respecto a la doble instancia?

Para responder a dichas interrogantes, consideramos que es preciso enunciar la segunda formulación del Teorema es Coase que es quizá, para efectos de la presente tesis, la más importante:

“Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, si importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente”²⁷².

La particularidad que nos interesa de la segunda formulación del Teorema de Coase es el apunte que realiza Coase y que es recogido por Bullard en los siguientes términos:

“Nuevamente en nuestro ejemplo, si los vecinos son demasiados como para poder sentarlos en una mesa de negociaciones que les permita a la partes llegar a la solución más eficiente, si se justifica la existencia de una decisión legal que “simule” la solución a la que llegaría el mercado si los costos de transacción fuesen iguales a cero. Esto implica que los costos de llegar a tal decisión (o en otras palabras de organizar una burocracia capaz de tomar decisiones eficientes) son razonables en

²⁷² COASE, Ronald. *The problem of the social cost*. En: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960.

*relación a los beneficios que tal decisión implica*²⁷³ [énfasis y subrayado agregado].

Sin perjuicio de señalar que la regulación siempre debe ser la excepción, la atingencia precisada por Bullard es de vital importancia. Cuando los costos de transacción son altos, el legislador debe colocarse en una situación hipotética que simule la solución a la que llegarían los agentes económicos en el mercado. Dicho de otra manera, en tales situaciones es el legislador quien debe “simular” el acuerdo al que hubiesen llegado las partes de haber sido posible la solución contractual²⁷⁴. En palabras de Torres López, se debe tratar de un auténtico “mercado simulado”²⁷⁵.

Ahora bien, cuando pensamos en el mercado de solución de conflictos, se nos viene a la cabeza inmediatamente el monopolio concentrado por el Poder Judicial²⁷⁶. En este mercado, el constituyente ha diseñado –conforme a su criterio– un proceso judicial acompañado de una serie de garantías que forman parte del debido proceso como la doble instancia. Pero ¿por qué estas garantías tienen la condición de derechos constitucionales? Principalmente porque el constituyente lo ha considerado así.

Pero el punto central a tener en cuenta es que bajo el Teorema de Coase, el legislador no es libre de regular conforme a su leal saber y entender, sino que debe hacerlo “*simulando la solución a la que llegaría el mercado si los costos*

²⁷³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: Apuntes N° 28, 1991, p. 108.

²⁷⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: Apuntes N° 28, 1991, p. 109.

²⁷⁵ TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, 1987, p. 53.

²⁷⁶ Al respecto, Mosset Iturraspe ha señalado que “*la función jurisdiccional queda englobada como función estatal monopolizada*”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El error judicial*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 22.

de transacción fuesen iguales a cero". Qué duda cabe, por más que sea hipotética, la simulación del mercado es siempre más eficiente que la regulación hipotética del legislador.

Como lógica consecuencia de lo anterior, consideramos que el legislador debería diseñar las garantías que aseguren el debido proceso acogiéndose al sistema de resolución de conflictos que los agentes económicos han diseñado espontáneamente. En este contexto, aquellas garantías procesales que sean prescindibles en el sistema de mercado deben ser excluidas por ineficientes. Por lo demás, no hay ninguna razón por la que una garantía sea innecesaria en un modelo de mercado y necesaria en un modelo regulado. Todo lo contrario, la propuesta de Coase es que el modelo regulado sea una reproducción exacta del modelo de mercado.

Ciertamente, es siempre difícil exigirle a un funcionario público que regule como lo hubiesen realizado las partes en un supuesto hipotético de costos de transacción cero. Friedrich Hayek deja entrever que el uso del conocimiento es limitado y que es un sin sentido exigirle a un funcionario público que regule en base a información con la que no cuenta porque precisamente ésta se encuentra desconcentrada en miles de personas²⁷⁷.

Como se puede apreciar, es evidente que la mayor parte de las veces el legislador no puede simular al mercado porque tendría que reunir información que se deriva de millones de transacciones que se celebran en todas las partes

²⁷⁷ Al respecto, el profesor Hayek señala que *"el carácter peculiar del problema de un orden económico racional está determinado precisamente por el hecho de que el conocimiento de las circunstancias que debemos utilizar no se encuentra nunca concentrado ni integrado, sino que únicamente como elementos dispersos de conocimiento incompleto y frecuentemente contradictorio en poder de los diferentes individuos"*.

del mundo cada segundo. Sin embargo, esta alternativa se encuentra alejada de nuestra realidad.

Empero, este no es el caso. En el mercado de solución de conflictos, en atención a la ineficiencia de los Poderes Judiciales del mundo, ha cobrado vigor desde hace algún tiempo de manera espontánea un nuevo sistema de resolución de conflictos: el arbitraje. Sobre este particular, Bullard y Soto han señalado que *“son muchos más los signos de la robusta salud con la que el arbitraje se viene desarrollando y creciendo. Queda claro hoy en día que el arbitraje ha venido para quedarse”*²⁷⁸.

Como se puede apreciar, en el presente caso, la tarea realizada por el legislador con respecto a las garantías procesales que deben asegurar el debido proceso se facilita porque no necesita indagar acuciosamente que es lo que hubiesen pactado las partes. Lo tiene ante sus ojos. En efecto, no hay prueba más fiel de la ineficiencia de la doble instancia que el propio diseño del arbitraje. Y como no es difícil advertir, en el arbitraje no hay doble instancia.

Bajo estas premisas, consideramos que es conveniente explayarnos un poco más sobre este punto a efectos de identificar las razones por las cuales en el proceso judicial la doble instancia se presenta como una exigencia constitucional mientras que no sucede lo mismo con el arbitraje. Veamos:

²⁷⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Carlos Alberto Soto Coaguila (Coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, p. XVII. En el mismo orden de ideas, Cantuarias citando a Landecho y Urquijo ha señalado que *“a diferencia del proceso judicial que es estrictamente formalista, en el arbitraje, se ha perdido formalidad y se ha ganado eficacia, ya que el proceso puede adecuarse a las necesidades y expectativas de las partes”*. IÑIGO DE LANDECHO Y URQUIJO. Arbitraje: única vía posible a la desjudicialización de los juzgados y tribunales vascos. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, p. 9-10.

Como se sabe, la jurisdicción del arbitraje ha sido reconocida en diversa jurisprudencia. Esto sucedió en el caso Cantuarias Salaverry (STC N° 06167-2005-HC/TC) y el caso Sociedad Minera María Julia (STC N° 00142-2011-PA/TC). Estado a ello, todo parecería indicar que las garantías que son inherentes al proceso judicial también deberían serlo para el arbitraje. Sin embargo, no es difícil reparar en que ello se encuentra muy alejado de la realidad.

En efecto, cuando se trata del arbitraje, las partes –antes que renunciar a la doble instancia– simplemente no la pactan. En nuestra opinión, dicha omisión responde al hecho que las partes piensan que la doble instancia es ineficiente y que no garantiza una mejor decisión. Así, si se ve en términos prácticos, la consagración del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos es, a su vez, el fracaso del doble grado.

Además, resulta pertinente preguntar: ¿es posible imaginar un proceso arbitral sin derecho de acción? ¿Sin derecho de defensa? ¿Prueba? Quizá ¿Cosa Juzgada? Estas alternativas parecen insostenibles. Ello no podría ser de otra manera, se trata de normas constitucionales y, en consecuencia, imperativas. En efecto, las garantías procesales mencionadas se encuentran expresamente recogidas en el artículo 139 de la Constitución. Ergo, son normas de orden público y, consecuentemente, irrenunciables.

Como se puede apreciar, implícitamente el legislador cuestiona la constitucionalidad de la doble instancia. Se trata a todas luces de una opción

legislativa. De cualquier otra manera, pactar en contra de esa garantía constitucional, no sería posible.

Como contrapartida, resulta pertinente preguntar, ¿es posible imaginar un proceso arbitral sin derecho a la doble instancia? Claro que sí. Pero no solo eso, sino que resulta difícil imaginarlo con dicha garantía incorporada. Como se puede observar, es posible pactar en contra de la doble instancia, por lo que todo parece indicar que debiésemos dudar de la constitucionalidad de esta presunta garantía.

Es preciso reiterarlo: la doble instancia no garantiza nada más que la dilación del proceso y la creación de un costo social. Los agentes en el mercado se han percatado de ello. De cualquier otra manera pactarían el recurso de apelación en sus procesos arbitrales pero ello se encuentra alejado de la realidad.

Si bien la actual Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, no se pronuncia acerca de la posibilidad de que las partes puedan pactar el recurso de apelación, la anterior Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, era la única legislación de la región que expresamente se pronunciaba acerca de la posibilidad de que las partes puedan someter sus controversias sobre el fondo a una segunda instancia arbitral o incluso ante el Poder Judicial²⁷⁹.

Al respecto, el artículo 60° de la anterior Ley General de Arbitraje, señalaba textualmente lo siguiente:

²⁷⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, p. 394.

Artículo 60°.- Recurso de Apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia.

Como se puede apreciar, el artículo 60 de la anterior Ley General de Arbitraje (aplicable al arbitraje nacional) permitía a las partes de un arbitraje de derecho pactar recurso de apelación²⁸⁰. Empero, a pesar de que tienen la posibilidad de pactarlo, la realidad indica que nunca lo hacían. Los particulares han encontrado en la doble instancia a una institución completamente ineficiente.

¿Cuál sería la reacción de los árbitros, los abogados y las partes de un proceso arbitral si se planteara la obligatoriedad de la doble instancia en el arbitraje? Estarían –antes que molestos– desconcertadas. No faltaría el “¿para qué?” Esa es precisamente la pregunta que no tiene respuesta: ¿Para qué necesitamos dos instancias?

Como se puede apreciar, los particulares jamás pactan una segunda instancia arbitral, pues confían plenamente en los árbitros que ellos mismos han elegido. Tampoco pactan el recurso de apelación contra un laudo arbitral ante el Poder

²⁸⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, p. 393.

Judicial porque ello implicaría convertir al arbitraje en una absurda primera instancia judicial, desnaturalizando así la institución del arbitraje²⁸¹.

No pasa lo mismo con los legisladores o el constituyente que hasta el día de hoy no se han percatado de esta falacia y tienen la convicción que la doble instancia es imprescindible en un Estado Constitucional de Derecho.

Luego de presentadas estas observaciones, no es de extrañar que la doble instancia no sea inherente al debido proceso. De intentarse una analogía entre el proceso y el cuerpo humano, siendo las diversas garantías distintos organismos de éste último, se debería considerar a la doble instancia como el apéndice del proceso, es decir, una institución totalmente prescindible.

En buena cuenta, no se ha podido encontrar razón alguna que justifique que es lo que legitima al proceso judicial contar con una garantía sin un sentido como la doble instancia y que es lo que justifica que un proceso arbitral, no la tenga.

²⁸¹ El artículo 62° de la anterior Ley General de Arbitraje, señalaba textualmente que *“salvo disposición distinta de las partes o del reglamento arbitral, son de aplicación al recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral, las siguientes reglas: (1) El recurso de apelación contra el laudo de derecho deberá interponerse ante los árbitros, dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral.* De la misma manera, el artículo 63° de la anterior Ley General de Arbitraje expresa que *“es competente para conocer de la apelación del laudo de derecho la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la apelación”.* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones.* En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007, p. 395.

SUBCAPÍTULO VIII:
LA DESVALORIZACIÓN DEL JUICIO DE LA PRIMERA INSTANCIA



Se suele decir con no poca frecuencia que la justificación de la doble instancia estriba en el derecho de los ciudadanos a una decisión más experimentada que la del primer grado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el caso Fujimori enfatizó dicho punto en los siguientes términos:

“A juicio del Tribunal Constitucional, esta experiencia guarda con relación con una característica de telos del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una razón más experimentada en comparación con aquella que emitió la primera resolución”²⁸².

Asimismo, la Corte Suprema de la República se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La doble instancia constituye una garantía para los ciudadanos, ya que la decisión judicial cuyo error se denuncia es llevada ante un Colegiado especializado, a fin de ser analizada nuevamente”²⁸³.

Por último, juristas de la trascendencia de Chiovenda han expresado que *“todo juicio debe poder pasar sucesivamente por el conocimiento pleno de dos tribunales, y este doble grado representa una garantía de los ciudadanos porque el segundo juez aparece con más autoridad que el primero”²⁸⁴.*

De igual manera, se ha señalado que *“dadas las imperfecciones del conocimiento humano, todo fallo puede ser desacertado o injusto; cuando ello*

²⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC.

²⁸³ Casación N° 1795-2008/lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de diciembre de 2008, p. 23459.

²⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*. Oxford University Press, Mexico D.F., 2003.

*sucede, al Estado le interesa rectificar su pronunciamiento, confiando la decisión a un órgano que ofrezca mayores garantías de acierto (...)*²⁸⁵.

Como es fácil advertir, tanto el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, así como doctrina muy autorizada, han precisado que la segunda instancia se encuentra en mejores condiciones para resolver la controversia, lo que constituiría una razón de peso para justificar la doble instancia. Sin embargo, pensamos que esta línea argumentativa es muy poco consistente.

En esa línea, el profesor Meyer ha señalado que *“si los jueces de apelación valen más que los de primera instancia, que juzguen directamente la causa, pero no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y como por vía de experimento, en manos de hombres ineptos”*²⁸⁶.

En el mismo orden de ideas, el profesor Solé se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En segundo lugar, si atendemos a criterios de experiencia del personal jurisdiccional, relacionada con la complejidad jurídica de los asuntos que se someten al primer grado de la jurisdicción, se cuestiona el por qué no encomendar, desde un principio, la decisión del proceso a esos órganos colegiados más expertos y mejor preparados. Esta crítica quizá tenga argumentos menos sólidos en su contra que los expuestos en el párrafo anterior; es evidente que la función jurisdiccional de la primera instancia

²⁸⁵ SOLÉ RIERA, Jaume. *Recurso de apelación*. En: Revista peruana de derecho procesal N° 2, p. 577.

²⁸⁶ SOLÉ RIERA, Jaume. *Recurso de apelación*. En: Revista peruana de derecho procesal N° 2, p. 578.

*requiere unas cualidades de preparación y de conocimiento iguales, como mínima, a las exigidas para juzgar en apelación; no sería un argumento razonable considerar que los jueces de los tribunales superiores adquieren la experiencia jurídica pasando por el grado inferior de la jurisdicción*²⁸⁷.

Si fuese cierto que los vocales de segunda instancia son más experimentados que los de primera instancia, entonces resulta pertinente preguntarnos: ¿no sería más eficiente abolir la primera instancia para que así los vocales de segundo grado resuelvan la controversia sin posibilidad de apelar? La alternativa parece contundente.

Pasar por dos instancias implica siempre y por definición que no se confía suficientemente en el Juez de primera instancia, lo que sí sucede con los vocales de segunda instancia (que son quienes tienen la palabra final). Si ello es así, no resultaría una alternativa más tentadora prescindir de la primera instancia y colocar a los vocales de segunda instancia en la primera para que resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo. Nuevamente la respuesta positiva se impone.

Esta tesis ha sido ratificada por Vescovi que ha señalado que *“si el tribunal de segunda instancia es el que predominará y, por otra parte, es el que está mejor integrado (generalmente por la colegialidad y mayor versación y experiencia de sus miembros), ¿por qué no se suprime, entonces la primera instancia?, se han*

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 578.

preguntado. En definitiva, se dice, conduce a la desvalorización juicio de primer grado y la glorificación de los recursos”.

Asimismo, Cappelletti ha expresado sus objeciones al principio de doble instancia señalando que *“la apelación implica una perniciosa desvalorización del juicio de primer grado”*²⁸⁸.

Pensamos que esta perniciosa desvalorización no ha sido comprendida del todo los justiciables. Una vez preguntamos a una persona por qué pensaba que la posibilidad de apelar le reportaba algún beneficio y en su respuesta equiparó a la doble instancia con el tiro al aire de una moneda. Señaló que si lo que ella buscaba era que salga sello, mientras más veces tirara la moneda al aire, más posibilidades tenía de ganar. Esta reflexión nos llamó mucho la atención, puesto que todo parece indicar que muchas personas creen con convicción que la posibilidad de apelar incrementa las posibilidades de ganar un caso.

No pensamos que sea necesario realizar un gran esfuerzo para persuadirlos que la reflexión de esta persona era totalmente equivocada. La doble instancia no se equipara al tiro al aire de una moneda ni tampoco incrementa las posibilidades de ganar un caso. De hecho, si quisiésemos equiparar la doble instancia al tiro al aire de una moneda, tendríamos que señalar que la primera instancia no representa más que un mero “ensayo” o “experimento”, siendo el segundo lanzamiento el único real y definitivo. En ese sentido, nos preguntamos, ¿qué sentido tiene contar con una primera instancia de “ensayo”

²⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. TUESTA SILVA, Wilder. *La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia*. Tesis para optar el título de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal, 2010, p. 15.

o “experimento” cuando lo que está en juego son derechos? ¿Qué sentido tiene tirar al aire dos veces la moneda cuando es claro que el primer lanzamiento no sirve de nada?

No obstante, la ineficiencia de la doble instancia va mucho más allá. En efecto, si la segunda instancia va a tener la decisión final, ¿de qué sirvió todo el trabajo del Juez de primera instancia? ¿Para documentar las actuaciones procesales? ¿Para escribir sus apreciaciones y enviárselas a los vocales de segundo grado? ¿Para llenar unas actas que el de segunda instancia pueda leer, y en base a eso resolver? Bajo estas premisas, la labor del Juez de primera instancia termina siendo prácticamente irrelevante²⁸⁹. Es a todas luces un desperdicio de recursos innecesario.

En esa línea, el profesor Priori ha expresado que *“si el de segundo grado puede modificar el fallo de primer grado, nos preguntamos entonces ¿para qué sirvió toda la actividad procesal de primer grado? Parece ser que solo para llenar unas actas que el de segundo grado puede leer, y con eso que lee puede resolver. ¿Para qué audiencias? ¿Para qué inmediación procesal? ¿Para qué*

²⁸⁹ Pero muchos insisten en que ello no es así. Afirman que dado que existen dos instancias, tienen más posibilidades de ganar el caso. Si se analiza desde la perspectiva psicológica. Al respecto, Schwartz y Wilde han mencionado la teoría de la falta de representatividad heurística. Al respecto se ha mencionado que *“una cantidad importante de evidencia empírica sugiere que las personas, cuando tratan de identificar la causa de un evento, son influenciadas marcadamente por la posibilidad superficial de algunas causas posibles del fenómeno mismo. Un ejemplo de ello es lo que se conoce como la “falacia del jugador”, que demuestra como un error que se manifiesta representa su causa oculta. Cuando uno lanza una moneda al aire, el que caiga cara o sello no guarda relación con la anterior vez que se lanzó al aire. Si se lanza muchas veces la moneda y se ha producido una seguidilla de caras, el jugador esperará que la próxima vez que caiga sello, a pesar que el lanzamiento no guarda relación estadística con las anteriores. Este fenómeno se produce porque la gente suele percibir que el proceso que arroja los resultados funciona en secuencia random, y largas secuencias de cara y sello son percibidas como más significativas que secuencias de caras continuas”*. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *El Derecho a Equivocarse. La Contratación en Masa y la Protección al Consumidor*. En: Derecho y Economía, Análisis económico de las instituciones legales, Parte IV, Sección 8, p. 536.

existe una norma que dice que el juez que estuvo presente en la audiencia de pruebas es el que debe sentenciar?”²⁹⁰.

Coincidimos plenamente con Cappelletti y con Vescovi cuando señalan que la doble instancia implica una perniciosa desvalorización del primer grado. Así, si lo que sustenta a la doble instancia –bajo las consideraciones del Tribunal Constitucional– es que la segunda instancia garantiza una decisión más experimentada, sugerimos que se suprima la primera instancia y se coloque a los experimentados vocales de segunda instancia en la primera a fin que resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo.

Sin perjuicio de lo anterior, la ineficiencia de esta institución llega a su máximo grado de nitidez cuando los ordenamientos jurídicos consagran como principio el doble grado de jurisdicción. En nuestra opinión, el doble grado de jurisdicción –en contraste con la doble instancia– nos parece doblemente ineficiente. Por decirlo de alguna manera, nos parece la ineficiencia al cuadrado.

Como explicamos en puntos anteriores, mientras que el principio de doble instancia implica un nuevo examen del juicio de primer grado, el doble grado de jurisdicción importa la renovación del juicio. En efecto, mientras que en el primero únicamente se revisa lo actuado en primera instancia, en el segundo se rehacen todos los actos procesales.

²⁹⁰ Agrega Priori que *“hoy los abogados pueden desilusionarse. Aquellos que buscaron los mejores peritos. Aquellos que plantearon dentro de su estrategia que el Juez vaya al lugar de los hechos con las partes y con los peritos, para explicar la complejidad del problema. Aquellos que prepararon extraordinariamente bien su audiencia de pruebas y lograron que los testigos y la contraparte se pusieran nerviosos, titubearan y cayeran en contradicciones. En verdad, nada de ello sirve, pues el proceso será revisado por alguien que no ha visto nada de eso. Finalmente el conflicto se resuelve sobre la base de una realidad escrita, de una realidad inventada, de situaciones imprecisas en pliegos y pliegos de papel. Eso es el proceso. El proceso así pensado no solo olvida sino que deja de lado el drama humano. No importan las personas, los protagonistas, sino los papeles. El fondo del tema no interesa, sino los papeles”*. PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista *Advocatus*, Número 9, p. 418-419.

¿Es que acaso en comparación al principio de doble instancia el doble grado de jurisdicción no es doblemente ineficiente? Nótese que el principio del doble grado de jurisdicción implica la renovación total del juicio. Si la estructura del proceso parte de la proposición que el proceso va a ser renovado por completo, ¿de qué sirvió todo lo trabajado en primer grado? Pues de nada.

Esto es una burla a la justicia. Si absolutamente todo lo que se hizo en primer grado se va a repetir en el segundo grado, ¿entonces cuál es el sentido del primer grado? La existencia de dos grados no hace más que menospreciar todo el trabajo realizado en el primero.

En ese sentido, el profesor Benavente ha señalado expresamente que *“la apelación persigue como finalidad que se enmiende el fallo del tribunal inferior. El concepto de “enmendar” es sinónimo de “deshacer”²⁹¹*. Esto es inconcebible. Si el fallo del primer grado está destinado a ser deshecho, entonces qué sentido tiene contar con un primer grado. Hay serias razones para dudar de la funcionalidad del doble grado de jurisdicción.

El profesor Rivarola se ha pronunciado sobre el particular precisando que *“la apelación plena ha sido blanco de algunas críticas importantes. Por ejemplo, se dice que: (i) provoca dilaciones, (ii) reduce la segunda instancia a una simple etapa de ensayo, (iii) fomenta la desidia de los jueces inferiores al confiarse en que la superficialidad de en la dirección de la actividad probatoria quedará*

²⁹¹ BENAVENTE, Darío. *Derecho procesal. Juicio ordinario y recursos procesales*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, p. 151-152.

*subsana en la segunda instancia, (iv) vulnera el principio de preclusión de etapas*²⁹².

Por lo demás, sea en uno u otro caso, consideramos que la doble instancia y/o el doble grado de jurisdicción implican –como bien señala Cappelletti– una patética desvalorización del juicio de primer grado.



²⁹² RIVAROLA REISZ, José Domingo. *Ius Novorum: apelación y reenvío excepcional por nueva prueba*. En: Libro de Ponencia del Tercer Congreso Internacional Proceso y Constitución. Las garantías de un proceso justo, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 402.





I. EL PRESUNTO DERECHO A UNA DECISIÓN MÁS EXPERIMENTADA

Los órganos jurisdiccionales peruanos han dado argumentos para defender la funcionalidad de la doble instancia. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente 1795-2008 (caso Fujimori) ha expresado lo siguiente:

“A juicio del Tribunal Constitucional, esta experiencia guarda con relación con una característica de telos del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una razón más experimentada en comparación con aquella que emitió la primera resolución. Dado que en abstracto no es posible garantizar subjetivamente dicha mayor cualificación, los sistemas jurídicos buscan garantizarla, usualmente, a través de presunciones sustentadas en criterios objetivos tales como la mayor jerarquía, rango o grado del tribunal revisor, y la presencia de exigencias para el nombramiento más rigurosas en función de la jerarquía del cargo judicial en el que se pretende ser nombrado”²⁹³ [énfasis y subrayado agregado].

Como es fácil advertir, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han sido enfáticos al señalar que los vocales de segundo grado son más experimentados y, en consecuencia, se encuentran en mejores condiciones para resolver la controversia que los de primer grado. Sin embargo, lo expuesto, antes que un argumento, es una falacia que logra un despropósito: cuestionar la funcionalidad del primer grado.

²⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC.

Si verdaderamente la segunda instancia es la que tiene todas las virtudes para resolver el conflicto de acuerdo a derecho, entonces qué sentido tiene consagrar una primera instancia. ¿Es qué acaso no sería más eficiente sincerar las cosas, abolir el primer grado y consagrar una única instancia colegiada conformada por tres Jueces? Por lo menos habría que aceptar que ello sería más consecuente.

Coincidimos con el Tribunal Constitucional cuando expresa que debe garantizarse a los justiciables una decisión experimentada. No obstante, lo que no resiste el menor análisis es que se garanticen dos decisiones: una más experimentada y otra menos experimentada. Si desde el inicio se sabe a ciencia cierta que la segunda es una decisión más experimentada, ¿cuál es el sentido de reconocer al inicio una decisión menos experimentada?

Alguna vez escuchamos a alguien decir que la primera cumple una auténtica función porque, en tanto que la segunda instancia tiene en cuenta la parte considerativa del Juez de primera instancia, la decisión va a ser más justa. Frente a ello, surgen una serie de interrogantes: ¿cuál es la diferencia entre la primera instancia y un informe jurídico? ¿De verdad la función del Juez de primera instancia se reduce a preparar un informe jurídico para el de segunda instancia? ¿En serio? ¿Eso es lo que lo justifica? ¿Entonces si las partes solicitan informes jurídicos ya no sería necesario que hayan dos instancias? Estas interpretaciones improvisadas que salen a luz –antes que defender dicha institución– la cuestionan.

La situación se agudiza si tomamos en cuenta que esa decisión no solo no es ejecutable sino que no tiene ningún efecto material en la realidad. ¿De qué sirvió entonces? ¿Qué función cumple? ¿Se trata de un experimento? ¿De un ensayo? ¿De un proyecto? ¿De un borrador? Si esa es la función que cumple la primera instancia en la realidad, pues no tenemos ningún reparo en expresar que su reconocimiento como principio constitucional es una burla a la justicia.

A pesar de lo expuesto, existen ilustres juristas que se han presentado como defensores a ultranza del doble grado. Giuseppe Chiovenda, por ejemplo, ha expresado lo siguiente:

“Todo juicio debe poder pasar sucesivamente por el conocimiento pleno de dos tribunales, y este doble grado representa una garantía de los ciudadanos porque el segundo juez aparece con más autoridad que el primero”²⁹⁴.

En la misma línea de criterio, el profesor Solé se ha pronunciado en las siguientes palabras:

“Dadas las imperfecciones del conocimiento humano, todo fallo puede ser desacertado o injusto; cuando ello sucede, al Estado le interesa rectificar su pronunciamiento, confiando la decisión a un órgano que ofrezca mayores garantías de acierto (...)”²⁹⁵.

²⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*. Oxford University Press, Mexico D.F., 2003.

²⁹⁵ SOLÉ RIERA, Jaume. *Recurso de apelación*. En: Revista peruana de derecho procesal N° 2, p. 577.

Chiovenda y Solé bien han enumerado las virtudes del segundo grado, pero obviaron por completo precisar cuáles eran las del primero. ¿O es que nos las tiene? No dudamos que lo vocales de segundo grado tienen mucha autoridad y, por supuesto, ofrecen muchas garantías de acierto. Lo que no logramos concebir es que se retrase la justicia condenando a los justiciables a pasar por una instancia –que bien puede tardar años– en las manos de un Juez poco experimentado, con poca autoridad y con menos garantías de acierto.

Pues bien, si atendemos a criterios de experiencia del personal jurisdiccional, relacionada con la complejidad jurídica de los asuntos que se someten al primer grado de la jurisdicción, se cuestiona el por qué no encomendar, desde un principio, la decisión del proceso a esos órganos colegiados más expertos y mejor preparados²⁹⁶.

Es evidente que la función jurisdiccional de la primera instancia requiere unas cualidades de preparación y de conocimiento iguales, como mínimo, a las exigidas para juzgar en apelación. No sería un argumento razonable considerar que los Jueces de los tribunales superiores adquieren la experiencia jurídica pasando por el grado inferior de la jurisdicción²⁹⁷.

II. EL MUNDO AL REVÉS: EL MÁS EXPERIMENTADO NO ES EL MÁS INFORMADO

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 578.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 578.

Coincidimos plenamente con el Tribunal Constitucional cuando señala que los vocales de segundo grado garantizan una decisión más experimentada (en derecho) que el Juez de primer grado. No podría ser de otra manera, en tanto que en el común denominador de los casos, los vocales han tenido muchos más años en la judicatura y, como consecuencia, tienen más experiencia.

Una de las enseñanzas de David Hume y John Locke –miembros de la escuela empirista de la filosofía moderna– nos dejan es que la experiencia es una de las fuentes más importantes de conocimiento. Sólo el conocimiento sensible nos pone en contacto con la realidad. En atención a estas enseñanzas, concluimos que tiene total sentido concluir que los vocales de segundo grado son los más experimentados.

El problema estriba en que en el marco de un proceso judicial, la experiencia no debe medirse exclusivamente en función del derecho ni tampoco en función de la cantidad de años que los Jueces han tenido en la judicatura. Debe medirse –sobre todo– en función de la experiencia que han tenido los Jueces en relación con los hechos. Si un Juez no conoce los hechos, no tiene como aplicar el Derecho.

Un Juez no puede resolver una controversia sin contar con información en su cabeza. El proceso demora porque el Juez no conoce los hechos y debe invertir mucho tiempo en realizar una serie de actividades para obtener esa información. El segundo grado no tiene ninguna relación con las partes ni

tampoco un contacto con los hechos. Los vocales no tienen ni la mitad de la información que tiene el Juez de primera instancia.

En efecto, es el Juez de primera instancia quien experimenta una serie de vivencias y experiencias que lo colocan en una situación privilegiada para resolver la controversia. Es claramente la persona que se encuentra en mejores condiciones para resolver el conflicto.

Sin embargo, el constituyente ha dispuesto que el fallo final va a ser dictado por la persona que cuenta con menos información. Así, las personas que no tuvieron ninguna intermediación con las partes, que no actuaron absolutamente ni un solo medio probatorio, que no gozaron de la oralidad, sí, esas personas son quienes tienen el poder para resolver el conflicto con una sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada.

No negamos que estas personas son las más experimentadas, pero definitivamente son las menos informadas. Su experiencia se concentra en la aplicación del derecho, mas no en relación con los hechos. El problema es que uno sin el otro es igual a nada. No se puede aplicar el derecho si no se conocen los hechos. Es como jugar fútbol sin pelota. No se pueden meter goles. La relación del Juez con los hechos es trascendental para llegar a la verdad material.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos advertir que el diseño del proceso ha resultado ser un despropósito. El sistema actual contempla dos instancias:

(i) una primera en que el Juez que la conforma es el más informado; y, (ii) una segunda en que los vocales que la conforman son los más experimentados. No tenemos reparos en señalar que esta estructura es absurda.

¿Cuál es el sentido de deslindar las dos virtudes señaladas en dos personas distintas cuando pueden concentrarse en una sola persona? Podemos concluir entonces que contamos con un sistema draconiano en que no existe convergencia, puesto que el más informado no es el más experimentado.

III. REAFIRMANDO LO EVIDENTE: EL MÁS EXPERIMENTADO DEBE SER EL MÁS INFORMADO

Si es que verdaderamente los vocales de segundo grado son más experimentados que los del primero, nuestra propuesta cae por su propio peso: que se suprima la primera instancia y que se consagre como principio constitucional la unidad de instancia mediante un órgano colegiado conformado por tres vocales.

Consideramos que prescindir de la primera instancia y colocar a los vocales de segunda en primera para que resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo, sería una opción mucho más consistente. De esa manera podría encontrarse el punto de equilibrio en cual el más informado sería también el más experimentado. Esa es la convergencia que necesitamos para que se brinde una efectiva tutela jurisdiccional a las situaciones jurídicas de los particulares.

Ello, al menos, sería más coherente con las opiniones vertidas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. No solo eso, sino que se ahorraría tiempo, información y dinero. Las garantías se verían resguardadas y las situaciones jurídicas tuteladas. Debe recordarse además que, como bien señaló Couture, en el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia.

Así, si quisiésemos aterrizar nuestra propuesta en términos prácticos, plantearíamos que en lugar de haber ochenta (80) Jueces de primera instancia y setenta (70) vocales de segunda instancia, debiesen haber ciento cincuenta (150) vocales en primera instancia para que, mediante órganos colegiados, resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo.

Pues bien, de lo que no cabe duda es que la efectividad de la tutela jurisdiccional exige que quien resuelve sea el más experimentado, pero también el más informado. Una estructura del proceso judicial que deslinde estas virtudes en personas distintas es una burla a la justicia. El más experimentado debe ser el más informado.

En realidad, nuestra propuesta no es exactamente auténtica ni menos aun innovadora, pues encuentra respaldo en un sinnúmero de autores nacionales y extranjeros que opinan –como nosotros– que el más experimentado debe ser el más informado. En otras palabras, piensan que ineludiblemente debe suprimirse la primera instancia y consagrarse un órgano colegiado de instancia única conformado por tres vocales²⁹⁸.

²⁹⁸ Al respecto, el profesor De Santo ha señalado que *“estos últimos terminan proponiendo que la única instancia se celebre ante un tribunal colegiado, con lo cual se torna más compleja la organización judicial. El tema suele conectarse,*

En respaldo de esta posición, el profesor Vescovi se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Si el tribunal de segunda instancia es el que predominará y, por otra parte, es el que está mejor integrado (generalmente por la colegialidad y mayor versación y experiencia de sus miembros), ¿por qué no se suprime, entonces la primera instancia?, se han preguntado. En definitiva, se dice, conduce a la desvalorización juicio de primer grado y la glorificación de los recursos”.

Seguidamente, el profesor Vescovi complementó su análisis, señalado expresamente lo siguiente:

“Se señala que puede evitarse la mayor irreflexividad en el juzgar por el juez de primera instancia, por medio de un órgano colegiado de instancia única. El cual, por otra parte, es el único compatible con el régimen de oralidad que generalmente se proclama entre los principios procesales”²⁹⁹.

Por su parte, el profesor Solé se ha pronunciado con las siguientes palabras:

“Si los Jueces de apelación valen más que los de primera instancia, que juzguen directamente de la causa, pero no se ofenda a la justicia

especialmente en materia penal, con el de la oralidad, lo que agrava el problema de la infraestructura judicial”. DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 90.

²⁹⁹ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 13.

*poniéndola primero, y como por vía de experimento, en manos de hombres ineptos*³⁰⁰.

De igual manera, el profesor Priori se ha expresado en el mismo sentido expresando lo siguiente:

*“Las razones que se invocan como sustento de esta propuesta son fundamentalmente las siguientes: (...) 2. Los jueces revisores están en mejor capacidad y más preparados para resolver. No obstante, si realmente fuera cierto que los magistrados de segundo grado se encuentran mejor capacitados que los de primer grado, por qué no hacemos mejor que los de segundo grado revisen el conflicto en primer grado y hacemos que su decisión*³⁰¹.

Este breve recuento no hace más que develar que la doble instancia es parte de la historia de los mitos. El culto al doble grado debe abolirse. No tenemos la menor duda que la desacralización de la doble instancia va a llegar tarde o temprano.

³⁰⁰ SOLÉ RIERA, Jaime. *Recurso de apelación*. En: Revista peruana de derecho procesal N° 2, p. 578.

³⁰¹ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista Advocatus, Número 9, p. 418-419.



SUBCAPÍTULO II:
LA CASACIÓN COMO MECANISMO DE CONTROL DE PODER

I. ANÁLISIS PSICOLÓGICO DE LA IMPUGNACIÓN: EL DERECHO A PATALEAR

Teniendo en cuenta que nuestra propuesta consiste en consagrar la unidad de instancia como principio constitucional, resulta mandatorio identificar si es que debe recogerse algún mecanismo de revisión. Ante los significativos costos que puede implicar una decisión errada, consideramos que existe una necesidad de esperanza y de consuelo social de la sociedad de que las decisiones sean revisadas. Las personas se sienten más seguras cuando saben que van a tener una nueva oportunidad, a pesar que en el fondo ello no sea lo mejor.

Cuenta la anécdota que para aumentar el atractivo y la eficacia del arbitraje internacional en Bélgica, con el propósito de liberar de trabajo a los tribunales y eliminar las maniobras dilatorias de la parte perdedora, se prohibió tajantemente la interposición del recurso de anulación de laudo. Se pensó ingenuamente que a través de esta medida se iba a ganar eficacia y, como consecuencia, Bélgica se iba a convertir en una sede especialmente atractiva para arbitrar³⁰². El resultado fue dramático. Mientras esta radical medida se mantuvo vigente solo se tramitó un arbitraje en Bélgica. Tan solo un arbitraje.

En relación a esta anécdota, el profesor Park ha expresado textualmente lo siguiente:

³⁰² REMÓN, Jesús. *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942> (consulta: 13/01/2013). En el mismo sentido se han pronunciado Ogayár y Ayllón que han considerado que “*contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los comprometidos que, al excluir a la jurisdicción ordinaria, se someten expresamente a la voluntad de los árbitros*”. Tomás Ogayár y Ayllón. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 232.

“Perhaps the best evidence of business community desire for court scrutiny at the tribunal situs lies in Belgium’s failed experiment in mandatory “non-review” of awards. Hoping that a completely laissez-faire system would attract arbitration, 1985, Belgium eliminated all motions to vacate awards in dispute between foreign parties. Consequently, in 1988, the Belgian legislature enacted a new statute that now leaves a safety net of judicial review as the default rule³⁰³”.

Con respecto al mismo caso, el profesor Cantuarias se ha pronunciado de la siguiente manera:

“En 1985 Bélgica decidió prohibir el recurso alguno contra ciertos laudos arbitrales, creyendo así que atraería más arbitrajes a ese país. Sin embargo, la experiencia fue un fracaso, por lo que en 1998 se regresó en principio, al sistema anterior de supervisión³⁰⁴”.

Casi por necesidad, surge la necesidad de responder a esta interrogante: ¿qué fue lo que falló? Se omitió que casi por naturaleza existe un derecho a patalear. Bentham así lo recordaba, 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 padre³⁰⁵. Y así como en el ámbito más íntimo los seres humanos tienen la necesidad de contradecir, en el ámbito judicial surge una necesidad de impugnar.

³⁰³ PARK, William. *The specificity of International Arbitration: the case for FAA Reform*. En: Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. N° 36, 2003, p. 1267.

³⁰⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007.

³⁰⁵ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma, Buenos Aires, 1988, p. 25.

Así, la necesidad de impugnar parece responder a una tendencia natural del ser humano. Existe una necesidad psicológica de refutar, objetar y contradecir. Nos carcome la posibilidad que todo se termine de una sola vez. La posibilidad de “revisar” nos da estabilidad y hasta tranquilidad.

Debemos recordar que el origen latino de la palabra impugnar “identifica” a ésta con la palabra “atacar”, lo que significa que inclusive coloquialmente el concepto impugnar contiene implícitamente la idea de desacuerdo³⁰⁶. Al respecto, el profesor Carreira Alvim ha anotado que *“está psicológicamente demostrado que, muy raramente, alguien se conforma con un único juzgamiento que le sea contrario”*³⁰⁷. Sirva de confirmación la observación de Carnelutti: “el demandado es siempre vencido, pero nunca convencido”.

De igual manera, Solé Riera ha dicho con razón que existe una tendencia natural del vencido a rebelarse contra la derrota³⁰⁸. Vescovi ha apuntado que la impugnación surge de un ansia natural de justicia³⁰⁹. Marinoni, por su parte, ha señalado que luego de la sentencia existe siempre un inconformismo de la parte vencida³¹⁰. Todo parece indicar que la impugnación podría encontrar su justificación –antes que por argumentos económicos y jurídicos– por razones psicológicas.

³⁰⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano*. Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 21.

³⁰⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoría geral do processo*. Forense, Río de Janeiro 993, p. 114.

³⁰⁸ SOLÉ RIERA, Jaume. Recurso de apelación. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 2, p.

³⁰⁹ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988, p. 13.

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil.. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 41.

Ese fue precisamente el problema de la radical medida que se adoptó en Bélgica. Se obvio por completo que el pataleo y, como consecuencia, la revisión es connatural al ser humano. Los seres humanos le tienen repulsión a la arbitrariedad, por ello buscan que se articule un mecanismo de control. Les carcome la idea de que todo se acabe de una sola vez. La nueva regulación de Bélgica no solo no atrajo a los privados para resolver sus controversias comerciales, sino que los ahuyentó. No podría ser de otra manera, puesto que no resulta atractivo arbitrar en una sede en que no existe ningún mecanismo de control de arbitrariedades.

Al respecto, el profesor Remón ha expresado lo siguiente: *“now admits that the provision is simply untenable and that the Belgium legislature was probably much to naive”*³¹¹. La regulación Belga fue demasiado ingenua. Se obvio por completo la necesidad del ser humano de patalear, esto es, de contar con un mecanismo que conjure las arbitrariedades.

Esta necesidad psicológica ha atravesado una cautivadora evolución histórica y ha quedado impregnada en el Estado Constitucional. Hoy no hay un solo Estado moderno en que el control de poder no sea una de las aristas fundamentales en un Estado Constitucional. Al respecto, el profesor Aragón ha señalado expresamente lo siguiente:

“Entre las características del Estado Constitucional, tan conocidos como debatidos, solo interesa resaltar aquí, el menos discutido, precisamente

³¹¹ HEINI. Citado por: REMÓN, Jesús. *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942> (consulta: 13/01/2013).

*de todos aquellos: el papel fundamental que en ese tipo de Estado desempeña el control. No es concebible pues la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles*³¹².

No es difícil advertir entonces que este principio no responde simplemente a una decisión arbitraria del constituyente, sino más bien a un proceso histórico. En efecto, ya desde la revolución francesa e incluso desde la teoría británica del siglo XVIII se señalaba que el control es un elemento inseparable de la Constitución. Así, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el concepto de Constitución, enunciado en términos bien conocidos, es una ordenación del Estado que debe basarse en el control de poder, la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales.

En ese sentido, consideramos que es una necesidad psicológica lo único que podría justificar a la impugnación. No encontramos razones jurídicas, económicas ni filosóficas que justifiquen la doble instancia. No obstante, sí admitimos que hay razones psicológicas que motivan a las personas a exigir a la impugnación como una garantía. Las personas se sienten más tranquilas cuando saben que su conflicto no va a acabar de una sola vez. Y si ello es así, pues he ahí una justificación.

Al respecto, el profesor Priori se ha pronunciado en el mismo sentido, bajo los siguientes términos:

³¹² ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control de poder*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/288/5.pdf> (consulta: 3 de octubre de 2014).

“Solo encontramos una justificación a la impugnación: el consuelo social y la necesidad de esperanza. Es el medio a través del cual el ordenamiento jurídico establece que una determinada decisión que no se ajuste a determinadas expectativas, puede ser revisada, por ello la sociedad puede estar tranquila, y no solo ello si no esperar”³¹³.

En nuestra opinión, la necesidad psicológica de impugnar no es un argumento concluyente que nos lleve a pensar que deba existir un principio constitucional a la doble instancia. Pues bien, en una situación trágica como en la que nos encontramos el ejercicio a realizar es uno de ponderación. Ahora bien, como es evidente, los únicos valores que pueden ser puestos en la balanza son derechos fundamentales, mas no tendencias naturales del ser humano. Así, siendo la efectividad de las resoluciones el derecho sopesado en la balanza en el presente caso, no dudamos que este último debe prevalecer.

Con respecto a este punto, el profesor Marinoni ha expresado textualmente lo siguiente:

“El argumento, en el sentido de que el “ser humano” es, por naturaleza inconformista con la primera decisión contraria que le es impuesta, y que por eso debe tener derecho al recurso, no se reviste de seriedad. En verdad, y como es obvio, nadie queda satisfecho al ser contrariado; pero esto no puede perjudicar a la parte que tiene la razón y derecho a una

³¹³ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 408.

respuesta jurisdiccional tempestiva. Ahora, ningún litigante quiere una decisión desfavorable, sea ella la primera, la segunda o la tercera tomada en el mismo proceso. Como la decisión judicial constituye una afirmación del poder estatal, está simplemente se impone al jurisdicionado, que no tiene otra alternativa que no sea acatarla. Nada importa, a efectos de la actuación de poder, si la parte está contenta o satisfecha con la decisión³¹⁴”.

Lo que es más, si lo que se busca es preservar el equilibrio psicológico del ser humano, más importante que la objeción de las decisiones es que estas sean tempestivas. De nada sirve tutelar la necesidad psicológica de apelar, si las decisiones van a ser tardías e inefectivas. No debemos olvidar que los Jueces deben respeto al derecho fundamental a la duración razonable del proceso y, en ese sentido, no pueden ignorarlo apenas para contentar al litigante rebelde³¹⁵.

Al respecto, el profesor Marinoni ha señalado expresamente lo siguiente

“Cuando se percibe en fin que la demora beneficia al demandado que no tiene razón y genera el descrédito del Poder Judicial, se vuelve imprescindible, inclusive para la propia estabilidad del poder, cuestionar la sacralización del doble grado. Además, cuando se abandona una “garantía” que –pesadas sus ventajas y desventajas– es innecesaria, son

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil.. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 41.

³¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil.. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 41.

*eliminados sacrificios económicos y psicológicos, y reafirmados los derechos y las garantías constitucionales*³¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la necesidad de esperanza y consuelo social –que se traduce en una necesidad de apelar– no nos parece lo suficientemente convincente, sí admitimos que es necesario articular algún mecanismo de revisión que conjure las arbitrariedades. La necesidad de una revisión de condiciones mínimas es mandatoria.

Ciertamente no hay necesidad de que esta revisión sea muy amplia. Lo único que se requiere es un mecanismo de control de arbitrariedades. Un recurso que preserve condiciones mínimas y que controle el exceso de poder. En ese sentido, no hay razón por la cual la revisión deba comprender el fondo de la controversia en tanto ello implica por definición una natural desvalorización del juicio de primer grado, pero tampoco se puede prescindir de un mecanismo de control porque ello implicaría obviar que existe una necesidad psicológica de revisión. Se requiere encontrar ese aristotélico justo término medio.

En el arbitraje se ha encontrado ese justo equilibrio a través del recurso de anulación de laudo. A través de dicho recurso se ha encontrado ese balance entre la necesidad psicológica de objetar y la efectividad del proceso. No hay ninguna razón lo suficientemente concluyente que nos permita colegir que la

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 56.

revisión deba ser amplia. Basta y sobra con articular un mecanismo que evite el abuso y controle el potencial exceso de poder de los árbitros³¹⁷.

Como bien señala Jesús Remón, *“el recurso de anulación de laudo persigue hacer compatible la eficacia del arbitraje con las garantías debidas en el procedimiento y, por eso mismo, la impugnación no traslada al Juez el conocimiento y decisión del fondo del asunto. La decisión de fondo está encomendada a los árbitros. La jurisdicción concentra su papel de control en los posibles vicios in procedendo y la garantía del orden público constituye un mero límite negativo, un contrapunto o contrapeso no menos exasperante que imprescindible”*³¹⁸.

Qué duda cabe, en el arbitraje tiene que existir necesariamente algún mecanismo de control³¹⁹. Esa es la razón por la cual Redfern y Hunter han señalado que *“the need for some control over the way in which these decisions are reached is recognized by most, if not quite all, Systems of all”*³²⁰. Siempre debe articularse un mecanismo que permita limitar el poder. Esa es la razón por la cual en el sistema jurídico español, por ejemplo, no se admite el pacto de exclusión de la anulación del laudo³²¹.

El control al que nos referimos no tiene por qué implicar una revisión exhaustiva del caso. Lo único que se busca preservar es un equilibrio entre la

³¹⁷ REDFERN, Alan y Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 1986, p. 197-198.

³¹⁸ REMÓN, Jesús. *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942> (consulta: 13/01/2013).

³¹⁹ REISMAN, Michael. *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration – Breakdown and Repair*, Duke University Press, 1992, p. 1. Any restricted delegation of power must have some system of control.

³²⁰ REDFERN, Alan y Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 1986, p. 197-198.

³²¹ REMÓN, Jesús. *La anulación de laudo: el marco general, el pacto de exclusion y el orden publico*.

efectividad del proceso arbitral y la exigencia de la existencia de una competencia de supervisión suficiente para corregir serias injusticias. Como apunta Reisman, existen ciertas condiciones mínimas que deben observarse en todo proceso arbitral³²².

Garro, por su parte, entiende acertadamente que las condiciones mínimas que deben preservarse mediante el recurso deben limitarse a cuestiones fundamentales, porque, de lo contrario, las partes se encontrarían envueltas en penosos y dilatados trámites que es precisamente lo que apuntaba a eliminar³²³.

Con respecto a este punto, la profesora Piaggi se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Conforme a la ley federal estadounidense, la nulidad del laudo procede sólo en supuestos muy serios: cuando el laudo se obtuvo mediante corrupción, fraude u otros medios indebidos, cuando existió evidente parcialidad o corrupción en cualquiera de los árbitros, cuando los árbitros incurrieron en inconducta al negarse indebidamente a posponer una audiencia -habiéndose fundado el pedido debidamente-, o al negarse a considerar evidencia pertinente y esencial para la controversia, o por

³²² REISMAN, Michael. *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration – Breakdown and Repair*, Duke University Press, 1992, p. 8. Control is concerned with the minimum conditions for the continuation of the process of decision itself.

³²³ GARRO, Alejandro. *El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central*. En: *Arbitraje comercial y laboral en América Central*, Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990, p. 51-52.

*cualquier otra falta de conducta que perjudique los derechos de una de las partes*³²⁴ [énfasis y subrayado agregado].

Asimismo, consideramos que siempre –tanto en el proceso judicial como en el arbitral– resulta conveniente restringir los medios de impugnación a un solo recurso, detallando en forma específica las razones por las cuales se podrá utilizar dicho recurso³²⁵, causales que deben responder a supuestos realmente graves.

Un hecho anecdótico que es necesario recalcar es que uno de los factores que ha contribuido de manera decisiva para el éxito de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil sobre el Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo) es que ésta haya optado por (i) proponer un solo tipo de recurso a un órgano judicial como medio de impugnar activamente el laudo; y (ii) haya dispuesto una lista taxativa de motivos de impugnación³²⁶.

Con mucha razón ha dicho Jesús Remón que *“en todos los sistemas jurídicos existe la posibilidad de instar la revisión en vía judicial de la validez de un laudo arbitral por motivos tasados, que nunca pueden afectar a la decisión de los árbitros sobre el fondo del asunto”*³²⁷.

³²⁴ PIAGGI, Ana Isabel. En: <http://catedra-piaggi.com.ar/biblio/biblio3.html> (consulta: 13/01/2013).

³²⁵ GARRO, Alejandro. *El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central*. En: *Arbitraje comercial y laboral en América Central*, Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990, p. 51-52.

³²⁶ REMÓN, Jesús. *La anulación de laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*.

³²⁷ REMÓN, Jesús. *La anulación de laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*.

El artículo 63 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 que regula el recurso de anulación de recoge los siguientes motivos tasados laudo:

“Artículo 63.- Causales de anulación.

El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.*
- b. Que una de las partes no ha 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 este Decreto Legislativo 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 este Decreto Legislativo.*
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.*
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un 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”.*

El recurso de anulación de laudo ha encontrado ese justo término medio. Ninguna de las causales descritas están dirigidas a revisar el fondo de la controversia. En efecto, ninguna de ellas tiene por objeto enmendar los errores de hecho o de derecho en que podrían haber incurrido los árbitros. Su objetivo únicamente es garantizar ciertas condiciones mínimas, esto es, resguardar ciertas cuestiones fundamentales con el propósito de evitar arbitrariedades.

Sobre este punto, el profesor Smith ha expresado que *“it is universally accepted rule that arbitral awards may not be reviewed for errors of fact or law (...). Exclusion of judicial review of arbitral awards for errors of fact or law is one of the foundations on which the social desirability and acceptance of arbitration is firmly built”³²⁸.*

Asimismo, la jurisprudencia española ha expresado que *“el recurso de anulación tiene unos motivos limitados, que miran a cuestiones formales, en*

³²⁸ SMITH, Hans. *Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards*. En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. N° 8, N° 2, 1997, p. 148-149.

*cuanto que la actuación de los árbitros no se hubiesen sujetado a la Ley, y no a la problemática de fondo, material o sustantiva, que vincule a las partes*³²⁹.

Si se estudia por aisladamente cada una de las causales de anulación que prevé el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, podrá advertirse que cada una de dichas causales tiene como propósito invalidar las arbitrariedades que pudiesen haber cometido los árbitros. ¿Quién podría dudar que arbitrar en virtud de un convenio arbitral nulo o inexistente es una arbitrariedad?; ¿Quién podría dudar que lo mismo sucede cuando se transgrede el derecho de defensa o se desconoce el pacto de las partes?; ¿Quién podría dudar que resolver sobre materias no arbitrables o no sometidas a su decisión es un acto que requiere de control, ¿quién podría pensar que dictar un laudo contrario al orden público internacional no refleja un exceso de poder? El recurso de anulación busca invalidar las serias arbitrariedades en que podrían haber incurrido los Jueces, mas no busca revisar el fondo de la controversia.

Resulta ilustrativo también analizar el recurso de anulación de laudo del Convenio CIADI en que se puede apreciar que éste únicamente procede ante supuestos realmente serios. Como se podrá apreciar, incluso en el marco de un arbitraje internacional en que el tribunal arbitral está conformado por los mejores especialistas del mundo, los Estados y los inversionistas requieren que exista un mecanismo de control. Al respecto, el artículo 52 del Convenio CIADI señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 52

³²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 1994.

1. Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:
 - a) Que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
 - b) Que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
 - c) Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
 - d) Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento;
o
 - e) Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”.

Con la consagración del recurso de anulación se ha sido consciente que la necesidad psicológica de objetar que tienen los seres humanos no tiene por qué involucrar una revisión exhaustiva de los hechos y el derecho. Basta con que se consagre un mecanismo que conjure las arbitrariedades. Esa garantía es suficiente para que las personas se sientan más tranquilas. Esa es la razón por la cual el profesor Smith ha señalado que *“for if arbitral tribunals could be reviewed for errors of law or fact, arbitration would easily degenerate”*³³⁰.

Sucede que los Jueces –al igual que los árbitros– se pueden equivocar y éste es un riesgo con el que debemos de lidiar. No tiene sentido establecer un mecanismo que sancione y ni siquiera que contrarreste el error porque éste se

³³⁰ SMITH, Hans. *Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards*. En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. N° 8, N° 2, 1997, p. 148-149.

encontrará siempre latente. Como se puede apreciar, el recurso de anulación de laudo es el más nítido ejemplo de que el error para el Derecho es un riesgo permitido.

II. LA CASACIÓN COMO MECANISMO PARA CONTROLAR EL PODER

Al igual que en el proceso arbitral con la prescripción del recurso de anulación de laudo, en el proceso judicial debe consagrarse un medio impugnatorio que preserve condiciones mínimas y que controle el exceso de poder. Ahora bien, resulta pertinente preguntar, ¿cómo debe ser diseñado el mecanismo que controle el exceso de poder en el marco de un proceso judicial?

Consideramos que dicho mecanismo debe contar con las siguientes características: (i) debe buscar controlar el exceso de poder; (ii) debe tratarse de un recurso excepcional; (iii) debe encontrarse detallado en forma específica las causales bajo las cuales se puede utilizar dicho recurso; (iv) la revisión no debe ser muy amplia; (v) debe buscar preservar cuestiones fundamentales y (vi) debe tratarse de un solo recurso.

En nuestra opinión, el recurso de casación cumple con cada uno de los requisitos enumerados, siendo innecesario el recurso de apelación. Debemos recordar que la casación es un recurso extraordinario confiado al más alto órgano jurisdiccional, que tiene como propósito invalidar las desviaciones de los Jueces frente al texto expreso de la ley. Es un control jurídico sobre los

Jueces, a fin de mantener la unidad del Derecho y la jurisprudencia nacional, que asegure al propio tiempo la igualdad de la ley para todos³³¹.

Sobre el particular, el artículo 384 del Código Procesal Civil expresa textualmente lo siguiente:

“Artículo 384.- El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que el artículo 385 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

“Artículo 386.- El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”.

En nuestra opinión, atendiendo a su naturaleza, la casación puede ser entendida como un mecanismo de control, ya que precisamente busca resguardar cuestiones fundamentales del ordenamiento jurídico. Así, siempre que se valide esta interpretación, no solo el recurso de anulación de laudo cumple con la prescripción del mandato constitucional, sino que también sucede lo mismo con el recurso de casación.

³³¹ MARCHESI QUINTANA, Bruno. La Casación Civil. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 53

Bajo este marco, resulta pertinente dejar sentado lo siguiente: ¿alguien podría dudar que el recurso de anulación de laudo es primo hermano del recurso de casación? Se trata de dos recursos que tienen casi por definición el mismo tenor, las mismas características, mismos requisitos, igual naturaleza, mismos fines, etcétera. El recurso de anulación de laudo es el mejor ejemplo que expresa que el recurso que se instituya en el ámbito judicial no tiene por qué ser amplio.

No encontramos una razón lo suficientemente concluyente que nos permita colegir que en el proceso judicial debe existir una revisión exhaustiva, mientras que en el proceso arbitral una revisión restringida. Todo lo contrario: siendo el recurso de anulación de laudo la fórmula que se deriva del libre mercado y que devela las preferencias de los individuos, atendiendo a los fundamentos que lo legitiman, consideramos que el recurso que se instituya en el proceso judicial debe imitarlo. Así, atendiendo a los fundamentos del recurso de anulación de laudo, en el ámbito judicial debe preservarse el recurso de casación como la mejor imitación de aquel.

A efectos de corroborarlo, conviene analizar las características del recurso de casación que se asemejan al recurso de anulación de laudo:

- (i) Busca controlar el exceso de poder:

Al igual que el recurso de anulación de laudo, el recurso de casación busca controlar el exceso de poder. Bástenos recordar que la casación, tal como la

conocemos ahora, surgió a raíz de la Revolución Francesa con la separación de poderes del Estado Moderno³³².

Al respecto, el 27 de noviembre y el 1 de diciembre de 1790, la Asamblea Nacional de Francia aprobó una ley por medio de la cual se creó el Tribunal de Casación para invalidar las desviaciones de los Jueces frente al texto expreso de la Ley³³³. En relación al nacimiento de la casación, el profesor Lozano Bambarén ha expresado lo siguiente:

“El nacimiento del Tribunal de Casación va particularmente unido a un principio de la revolución, establecido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El Tribunal de Casación surgió a la sombra de las abstractas ideologías de Montesquieu, especialmente del famoso principio de la “separación de los poderes. El dogma fundamental de la separación de los poderes influyó de doble modo en la creación del Tribunal de Casación. Por una parte, confirmado con razones filosóficas la necesidad, ya demostrada por la experiencia histórica, de impedir que el Poder Judicial invadiese el campo del Poder Legislativo; por otra, excluyendo que la función de control dirigida a impedir tal invasión,

³³² MARCHESI QUINTANA, Bruno. La Casación Civil. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 55. En relación a este punto, señaló expresamente que “en la constituyente francesa, tuvo profunda influencia el pensamiento de Montesquieu, para quien los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia la palabra de la ley... de la que no pueden moderar ni la fuerza ni el vigor. En el gobierno republicano, decía también Montesquieu, es propio de la constitución que los jueces se atengan a la ley literalmente... si los tribunales no debe ser fijos las sentencias deben serlo, a tal punto que no importe otra cosa que un texto preciso de la ley. Su representaran una opinión particular del Juez, se viviría en una sociedad sin saber precisamente los compromisos que en ella se contraen”. MARCHESI QUINTANA, Bruno. La Casación Civil. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 57. De igual manera, respecto a los antecedentes de la Casación, el profesor Nieva ha señalado que “a pesar de los esfuerzos de la doctrina por encontrar un antecedente de la casación en un tiempo más remoto que la Revolución Francesa, lo cierto es que cualquier intento ha acabado matizado en fracaso”³³².

³³³ MONROY GÁLVEZ, Juan. Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano. Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 20.

*continuase estando, como lo había estado bajo el ancie régimen confiada al Poder Ejecutivo*³³⁴.

La teoría política de la división de poderes como forma de gobierno requería como elemento fundamental la existencia de un control recíproco entre éstos y, precisamente bajo esa exigencia, se crea el Tribunal de Casación. Pues bien, como es fácil advertir, la Corte de Casación tiene como propósito limitar la labor del Juez y evitar que durante el ejercicio de su función éste se desquicie legislativamente, esto es, que empiece a expedir decisiones más allá del marco legal³³⁵.

Notamos pues que el nacimiento de la Casación tiene como fin la limitación del poder en la administración de justicia y la preservación de cuestiones fundamentales³³⁶. Con mucha razón Calamandrei ha señalado que *“las sentencias afectadas de error contra ius constitutionis se explican en el ejercicio de un exceso de poder por parte del juez*³³⁷.

En atención a lo expuesto, consideramos que es posible asimilar al recurso de casación y al recurso de anulación de laudo, ya que ambos, en su esencia, buscan controlar el exceso de poder de los Jueces y los árbitros, respectivamente.

³³⁴ LOZANO BAMBAREN, Juan Carlos. *Recurso de Casación Civil*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 53-54.

³³⁵ Con respecto a la Casación, el profesor Nieva ha señalado que *“tan fuertes fueron las desconfianzas a los Jueces, que el Tribunal de Cassation ni tan siquiera pudo cubrir lagunas legales, o aclarar normas ambiguas, sino que su único cometido era anular toda resolución en la que un Juez sobrepasara las facultades propias de su Poder, violando la división que construyera Montesquieu, en detrimento del poder legislativo”*³³⁵. NIEVA FENOLL, Jorge. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. J.M. Bosch Editó, Lima, p. 19-20.

³³⁶ MARCHESI QUINTANA, Bruno. *La Casación Civil*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 57.

³³⁷ CALAMADREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I, Volumen 1. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 196, p. 41.

(ii) Se trata de un recurso excepcional:

La casación es un recurso extraordinario y, por consiguiente, excepcional. No cualquiera puede acceder a la casación sino, muy por el contrario, se deben cumplir estrictos requisitos de procedencia. En efecto, una de las condiciones imprescindibles para acceder a la casación es que los Jueces violen flagrantemente la ley o, en todo caso, desconozcan una garantía esencial del debido proceso.

Al respecto, con absoluta razón el profesor Nieva ha expresado que *“la casación es un recurso de carácter extraordinario al que se puede recurrir en caso de que se advierta en la sentencia alguna inconsistencia con referencia a la normatividad aplicada”*. En la misma línea, el profesor Rengel-Rimberg ha expresado que la casación *“es un recurso extraordinario cuyo objeto es hacer anular o revocar por la Corte de Casación las sentencias dictadas en violación de las reglas de derecho”*³³⁸.

En la misma línea de criterio, Torres Moreno y Puyana Mutis han expresado que el recurso de casación es una *“acción extraordinaria y específica de impugnación”*³³⁹. Por su parte, la Corte Suprema de la República de Colombia ha expresado que *“por su raíz histórica y por su desarrollo constitucional y*

³³⁸ RENGEL-RIIMBERG, Arístides. *La casación francesa y la revisión alemana. Estudio comparativo*. En: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/3/derys0_2002_3_49-60.pdf (Consulta: 7 de abril de 2014), p. 50.

³³⁹ TORRES, Jorge y Guillermo PUYANA. *Manual del Recurso de Casación en Materia Penal*, 2da edición, Edición Proditécnicas, Medellín, 1989, p. 11. En relación a este punto, el profesor Cervello ha señalado que *“el recurso de casación es un recurso extraordinario. La Ley lo admite excepcionalmente y solo contra determinadas resoluciones judiciales. Sus causas están previamente determinadas: son, en resumen, infracciones del procedimiento e infracciones del derecho en que haya incurrido la sentencia”*. CERVELLÓ, José María. *Recurso de Casación*. En: <http://cervello.blogs.ie.edu/2008/08/recurso-de-casacion-por-antonio-botella.html> (consulta: 29/07/2014).

*legislativo, la casación es un recurso extraordinario*³⁴⁰. Por último, Manuel de la Plaza señala que *“debe ser calificado de extraordinario este recurso; porque, en relación con los demás, solo se autoriza por motivos preestablecidos”*³⁴¹.

Tan excepcional es el recurso de casación que el órgano competente para tramitarlo es la Corte Suprema de Justicia que se encuentra en el vértice del sistema judicial. En esa línea de criterio, con mucha razón se ha señalado que *“el recurso de casación es de tal especialidad e incidencia dentro del ordenamiento procesal que la resolución del recurso extraordinario, está dada a la mayor entidad dentro del aparato judicial del Estado como es la Corte Suprema de Justicia”*³⁴².

Si se tratase de un recurso ordinario, cualquiera –por el solo hecho de alegar un agravio– podría acceder al recurso de casación, y se desvirtuaría de esa manera la función que debe cumplir la casación en el ordenamiento jurídico consistente en controlar el exceso de poder de los Jueces. Si convenimos que el recurso de casación debe buscar resguardar cuestiones fundamentales, entonces naturalmente solo debe proceder en situaciones excepcionales. A fin de que la casación cumpla verdaderamente una función en el sistema, es menester que proceda exclusivamente en contados casos.

Bajo esa línea de criterio, no basta con que se advierta la existencia de un error. En nuestra opinión, el error denunciado debe ser absolutamente arbitrario

³⁴⁰ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 2 de agosto de 1994.

³⁴¹ DE LA PLAZA, Manuel. *La Casación Civil*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944, p. 38.

³⁴² BUITRAGO CASTAÑEDA, Sandra Bibiana y Carlos Alfredo ARAUJO PALOMINO. *El recurso extraordinario de casación laboral*, p. 7. En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS40.pdf> (Consulta: 29/07/2014).

y debe develar un exceso de poder. Si es que la casación procediese ante la denuncia de cualquier error, pues entonces –a fin de ser consecuentes– nos veríamos obligados a señalar que el error no es un riesgo permitido para el Derecho.

Debe recordarse que la función de la casación en el ordenamiento jurídico no es enmendar los errores, sino más bien invalidar las arbitrariedades en que pudieran muchas veces –con no poca frecuencia– recaer los Jueces. Pues bien, si ello es así, naturalmente la casación solo debe proceder en casos excepcionales.

- (iii) Se encuentra detallado en forma específica las causales por las cuales se puede utilizar dicho recurso:

Una de las características inherentes al recurso de casación –que ha sido recogido en todas las legislaciones modernas– es que su procedencia exige siempre el cumplimiento de requisitos realmente exigentes, e incluso –muchas veces– se enumeran de forma taxativa las causales en las cuales procede dicho recurso.

Al respecto, el profesor Fernando de la Rúa ha expresado que *“la casación es un medio de impugnación por el cual, por motivos de derechos específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia que le perjudican”*³⁴³. Por su parte, la Corte Suprema de Colombia ha señalado que *“el carácter excepcional del recurso de casación*

³⁴³ DE LA RÚA, Fernando. *La Casación Penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 23.

*se manifiesta porque no cabe contra cualquier sentencia sino contra aquellas que el legislador expresamente señala*³⁴⁴.

Una de las regulaciones de la casación que ha sido más atractiva dentro de las legislaciones modernas es la “revisión” del Derecho Alemán. El legislador alemán fue sumamente conciso y ha estableció claramente cuáles eran los casos en que se considera transgredida la Ley y, por ende, era procedente la revisión. Al respecto, el artículo 551 del ZPO –antecedente legislativo del articulado actual– expresaba textualmente lo siguiente:

“Artículo 551.-

- 1. Si el Tribunal sentenciador no hubiese estado legalmente constituido;*
- 2. Si en la votación de la sentencia hubiese intervenido algún juez excluido por ley del ejercicio de la función judicial, a no ser que tal impedimento se hubiese alegado en forma de recusación que hubiese sido desestimada;*
- 3. Si hubiese intervenido en la resolución del negocio algún juez contra el que se hubiese propuesto recusación por sospecha de parcialidad, y la misma se hubiese estimado;*
- 4. Si el Tribunal se hubiese declarado indebidamente competente o incompetente;*
- 5. Si alguna de las partes no hubiese estado legalmente representada en el procedimiento, y no hubiere ratificado expresa o tácitamente la gestión procesal del que no tenía su representación;*

³⁴⁴ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 2 de agosto de 1994.

6. *Si en los debates antecedentes a la sentencia se hubiesen infringido los preceptos sobre la publicidad del procedimiento; y*
7. *Si la sentencia no se hubiere motivado”.*

Habiendo expuesto las causales de la “revisión”, surge una interrogante precisa: ¿no era acaso la “revisión” alemana hermana *ius sanguinis* del recurso de anulación de laudo? Basta una lectura superficial de las causales de la “revisión” alemana para advertir que, al igual que el recurso de anulación de laudo, buscaba preservar cuestiones fundamentales como la constitución del tribunal arbitral, el pacto de las partes, el derecho de defensa, el debido proceso, la competencia del Tribunal Arbitral, y otros valores cuya transgresión no puede ser tolerada.

Como es fácil advertir, tanto el recurso de anulación de laudo como la “revisión” alemana tienen por objeto garantizar que los procesos se lleven a cabo respetando condiciones mínimas a fin de evitar arbitrariedades. Así, si se analizan las causales del artículo 551 del ZPO de forma aislada, puede colegirse que –al igual que el recurso de anulación– cada una de ellas buscaba invalidar las arbitrariedades que pudiesen eventualmente cometer los árbitros.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, el recurso de casación recogido en el Código Procesal Civil peruano ha sido bastante más flexible. El legislador no ha recogido causales enumerativas, ni menos aun taxativas. No obstante ello, debemos precisar que el legislador ha previsto requisitos de

procedencia muy estrictos. En efecto, el artículo 388 del Código Procesal Civil expresa textualmente lo siguiente:

“Artículo 388.- Requisitos de procedencia

Son requisitos de procedencia del recurso de casación:

- 1. Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso.*
- 2. Describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial.*
- 3. Demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada.*
- 4. Indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio, se precisará si es total o parcial, y si es este último, se indicará hasta dónde debe alcanzar la nulidad. Si fuese revocatorio, se precisará en que debe consistir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado”.*

Si bien no podemos dejar de decir que, en nuestra opinión, resultaría mucho más atractivo que se prescriban causales taxativas que habiliten la procedencia del recurso de casación, pensamos que el legislador ha cumplido con preveer requisitos de procedencia realmente exigentes. Como no es difícil advertir, al igual que el recurso de anulación de laudo, se ha detallado en forma específica los requisitos que deben ser cumplidos para que proceda la casación.

(iv) La revisión no es muy amplia:

Si bien la revisión en la casación no es tan restringida como la anulación del laudo, se encuentra también muy limitada. Bajo ese marco, de forma acertada Rengel-Riimberg ha señalado que *“la Corte de Casación no conoce a fondo de los asuntos, sino solamente de las condiciones esenciales de la sentencia pronunciada sobre el mérito de la causa”*³⁴⁵. El objeto de la casación es por antonomasia verificar la legalidad de la sentencia.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el emblemático caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica ha expresado que *“el recurso de casación no es un recurso pleno ni permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho. La revisión que hace el Tribunal de Casación es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho”*³⁴⁶.

Debemos recordar que en la casación se encuentra prohibido cualquier reexamen de los hechos. La Corte Suprema de la República –única instancia competente para resolver en casación– se limita únicamente a controlar que se aplique e interprete adecuadamente el derecho o, en todo caso, a invalidar los actos que violen las garantías esenciales del proceso. Como bien ha señalado

³⁴⁵ *Ibídem*, p. 51.

³⁴⁶ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf (consulta: 28/07/2014).

la profesora Buitrago *“no es fin de la casación prolongar un debate ya agotado en las instancias inferiores”*³⁴⁷.

Sobre este particular, la Corte Suprema de la República ha enfatizado que *“el recurso de casación está limitado sólo a cuestiones de puro derecho, no pudiendo realizar una nueva apreciación de los elementos fácticos actuados en las instancias de mérito”*³⁴⁸. De igual manera, el profesor Monroy ha señalado que *“el recurso de casación está directamente ligado al error de derecho, descartando de su ámbito al otro, al error de hecho (...)”*³⁴⁹.

Tan restringido se encuentra el recurso de casación que los vocales supremos no solo están prohibidos de reexaminar los hechos, sino incluso de valorar las pruebas. La casación reduce su ámbito de aplicación a los casos en se advierta errores de derecho. Así, al igual que el recurso de anulación de laudo, la casación –en menor medida ciertamente– es un nítido ejemplo de que para el Derecho, el error, es un riesgo permitido.

Bajo esta línea argumentativa, no importa si los vocales supremos están convencidos que las instancias inferiores no dieron la importancia debida a algunos hechos, tampoco es relevante que sus conclusiones facticas no sean concluyentes, menos aun que no se haya valorado adecuadamente la prueba; en ninguno de esos casos es procedente la casación.

³⁴⁷ BUITRAGO CASTAÑEDA, Sandra Bibiana y Carlos Alfredo ARAUJO PALOMINO. *El recurso extraordinario de casación laboral*, p. 6. En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS40.pdf> (Consulta: 29/07/2014).

³⁴⁸ Cas. N° 0684-99-San Martín, El Peruano, 01-12-2000, p. 6631.

³⁴⁹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, p. 29.

En esa línea de criterio, la Corte Suprema de la República ha señalado que *“la modificación de los hechos no es posible en casación³⁵⁰”*. En otro emblemático caso, expresó que *“la pretensión es improcedente puesto que lo que en el fondo pretende el recurrente es la revaloración de las pruebas con la finalidad de que se cambie el sentido de la decisión, lo que no es viable en casación³⁵¹”*.

Podemos concluir entonces que efectivamente la revisión en la casación no es muy amplia³⁵². No tiene por propósito revisar a fondo la controversia sino, muy por el contrario, evitar que los Jueces se desquicien legislativamente y expidan decisiones que transgredan la Ley.

(v) Preserva cuestiones fundamentales:

El recurso de casación –al igual que el recurso de anulación de laudo– solo debe proceder en supuestos muy serios, es decir, cuando los Jueces traspasan la línea del error y recaen en la arbitrariedad. La función de la casación precisamente consiste en controlar el exceso de poder a la vez que satisfacer la necesidad de revisión del ser humano. Al igual que cualquier acto estatal, la sentencia debe estar sometida a un mecanismo de control.

Debe tenerse en cuenta que el control del poder no solamente es una necesidad connatural al ser humano, sino un principio rector del Estado

³⁵⁰ Cas. N° 1284-2000-Ucayali, El Peruano, 17-09-2000, p. 6284.

³⁵¹ CAS. N° 3281-2002-TUMBES, publicada el 30-07-2003.

³⁵² Especialmente emblemático es el caso de la revisión alemana en que el Tribunal de Revisión nunca conoce del fondo del asunto. Al respecto, se ha señalado que *“el Tribunal de revisión, por regla general, no conoce del fondo del asunto. Al revocarse la sentencia recurrida (iudicium rescindens) el Tribunal de revisión devuelve (reenvío) la causa al Tribunal de apelación para que la vea y falle de nuevo (iudicium rescissorium). La devolución podrá hacerse a una Sala distinta de la que hubiese dictado la sentencia anulada. El Tribunal de apelación deberá atenerse para su nueva decisión al juicio de derecho emitido por el Tribunal de revisión y puesto como fundamento de la anulación (Art.565 ZPO)”*.

Constitucional de Derecho. Un Estado que no tiene proclamado el control de poder como una de sus columnas no puede llamarse a si mismo Estado Constitucional, sino a lo más Estado de Derecho.

Vemos pues que la casación es una garantía que busca controlar el exceso de poder, lo que permite que se preserven cuestiones fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico. Así, la casación busca sancionar arbitrariedades como la aplicación o interpretación indebida del derecho al caso concreto o, en todo caso caso, la violación de una garantía esencial del debido proceso.

En esa línea de criterio, se ha señalado que *“la casación surge como el paladín entre la arbitrariedad y la legalidad, como la defensora por antonomasia de la legalidad dentro del Estado de Derecho; la casación es su garante, su escudo protector; es el órgano revitalizador de la norma jurídica; es la piedra angular de la legalidad y constituye el triunfo definitivo y total del sistema legal”*³⁵³.

Siendo ello así, consideramos que la casación solo debe proceder en supuestos muy serios. Un ejemplo ilustrativo puede encontrarse en las causales de procedencia del recurso de revisión alemán. Como se señaló en párrafos anteriores, el artículo 551 del ZPO expresa textualmente lo siguiente:

“Artículo 551.-

1. Si el Tribunal sentenciador no hubiese estado legalmente constituido;

³⁵³ FARFÁN, Fernando. *¿El derecho de recurrir del fallo ante el Juez o Tribunal superior?* En: <http://www.monografias.com/trabajos55/recurrir-del-fallo/recurrir-del-fallo2.shtml#ixzz38IWf9Dn0> (Consulta: 28/07/2014).

2. *Si en la votación de la sentencia hubiese intervenido algún juez excluido por ley del ejercicio de la función judicial, a no ser que tal impedimento se hubiese alegado en forma de recusación que hubiese sido desestimada;*
3. *Si hubiese intervenido en la resolución del negocio algún juez contra el que se hubiese propuesto recusación por sospecha de parcialidad, y la misma se hubiese estimado;*
4. *Si el Tribunal se hubiese declarado indebidamente competente o incompetente;*
5. *Si alguna de las partes no hubiese estado legalmente representada en el procedimiento, y no hubiere ratificado expresa o tácitamente la gestión procesal del que no tenía su representación;*
6. *Si en los debates antecedentes a la sentencia se hubiesen infringido los preceptos sobre la publicidad del procedimiento; y*
7. *Si la sentencia no se hubiere motivado”.*

Basta realizar una somera revisión de las causales de procedencia del recurso de revisión alemán para advertir que el artículo 551 del ZPO busca sancionar las arbitrariedades en que pudiesen recaer los Jueces. ¿Quién podría cuestionar que dictar una sentencia a pesar de ser incompetente o no haber estado legalmente constituido es una arbitrariedad? ¿Quién podría dudar que lo mismo sucede cuándo la sentencia es dictada por un Juez que carece de independencia e imparcialidad? ¿Quién podría defender que la sentencia que resulta de un proceso en que se viola flagrantemente el debido proceso no es un acto que requiere de control?

El recurso de revisión alemán –al igual que el de casación– busca sancionar las arbitrariedades en que pudiesen incurrir los Jueces. No tiene por propósito –ni debiese tenerlo– rehacer el juicio nuevamente, sino controlar el exceso de poder, pilar de cualquier Estado que pretenda llamarse a si mismo Estado Constitucional de Derecho.

En conclusión, las condiciones mínimas que deben preservarse mediante el recurso de casación deben limitarse a cuestiones fundamentales, pues, de lo contrario, pensamos que se desnaturalizaría la función de la casación y, se terminaría convirtiendo a este último, en una auténtica apelación, desvalorizando, de esa manera, el juicio seguido en el primer grado.

- (i) Debe tratarse de un solo recurso:

Esta es la única característica que el recurso de anulación de laudo no comparte con el recurso de casación. Para un mejor análisis, se debe tener en consideración que el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63”.

Por su parte, en relación a los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, el artículo 387 del Código Procesal Civil ha señalado lo siguiente:

"Artículo 387.- Requisitos de admisibilidad

El recurso de casación se interpone:

1. Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso".

Como fluye de las normas citadas, mientras que en un proceso arbitral la anulación es el único recurso que puede ser interpuesto luego de haberse notificado el laudo, en un proceso judicial el recurso de casación debe ser interpuesto siempre que previamente se haya notificada una sentencia de segunda instancia final y ejecutoriada.

Pues bien, precisamente en este punto recae nuestra propuesta. Consideramos que la casación debe ser el único recurso procedente luego de dictada la sentencia en la primera instancia. La consagración de dos instancias ordinarias no solo desvaloriza el juicio de primer grado, sino incluso dilata y entorpece el proceso hasta el punto en que muchas veces el daño a la pretensión puede tornarse irreparable.

Pensamos que que el recurso de casación debe ser el único recurso procedente luego de dictada la sentencia de primera instancia. Como hemos abundado, consideramos que la casación satisface las exigencias del principio

constitucional de doble instancia, cumpliendo específicamente con controlar el exceso de poder e invalidar las arbitrariedades que pudiesen muchas veces cometer los jueces.

Estando a ello, concluimos que siempre –tanto en el proceso judicial como en el arbitral– resulta conveniente restringir los medios de impugnación a un solo recurso, de forma tal que se especifique en forma específica las razones por las cuales puede ser utilizado³⁵⁴.

Como se puede apreciar, la casación puede ser parangonada al recurso de anulación de laudo sin ningún problema. Ambos recursos comparten la misma función, las mismas características, mismos fines e igual naturaleza. No hay ninguna razón por la cual en el proceso arbitral se deba contemplar únicamente un recurso limitado, mientras que en el proceso judicial uno realmente amplio.

III. ¿POR QUÉ SÍ SOBRE DERECHO Y NO SOBRE LOS HECHOS? EL FIN NOMOFILÁCTICO Y EL FIN UNIFORMIZADOR DE LA CASACIÓN

En nuestra opinión, tiene todo el sentido que en la casación los vocales supremos puedan pronunciarse sobre el derecho, mas no sobre los hechos. Veamos las razones que nos inclinan a dicha conclusión:

¿Por qué sí sobre el Derecho?

³⁵⁴ GARRO, Alejandro. *El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central*. En: Arbitraje comercial y laboral en América Central, Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990, p. 51-52.

¿Para qué sirve el Derecho? Esta es quizá una de las preguntas más complicadas que pueden ser formuladas desde la filosofía del Derecho. Si bien no podemos dejar de admitir que se trata de una interrogante que admite múltiples respuestas válidas, nos vemos tentados en intentar una hipótesis. El Derecho –disciplina– es un instrumento, y como instrumento debe servir para algo. Algo disinto a sí mismo. El Derecho –en nuestra opinión– es una herramienta para que los seres humanos puedan vivir mejor en sociedad. Ni más ni menos.

Teniendo ello en cuenta, una de las funciones básicas que debe cumplir el Derecho en la sociedad –se ha dicho– es solucionar los conflictos de intereses. Consideramos que esa es una mirada huerfana, puesto que plantea las cosas de una forma absolutamente parcial. El Derecho no solo debe resolver los conflictos, sino ante todo y sobre todo, debe evitarlos. Qué duda cabe, si queremos vivir mejor en sociedad, el Derecho debe cumplir una función preventiva. Un instrumento que se limita únicamente a resolver los conflictos, pero no a prevenirlos, es ilegítimo y poco efectivo.

En el marco de un Estado Constitucional, la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales es un bien constitucional realmente trascendente. Lamentablemente bajo la concepción actual del Estado Moderno en que impera la división de trabajo, lograr que las decisiones jurisdiccionales sean predecibles es una tarea por demás complicada.

A diferencia del Antiguo Testamento en que la posibilidad de juzgar recaía exclusivamente en Moises (por lo que la predictibilidad estaba asegurada), en la sociedad moderna, para que los conflictos sean resueltos de forma oportuna y de acuerdo a Derecho, es imprescindible que la función jurisdiccional esté descentralizada en cientos de personas. De cualquier otra manera, los conflictos terminarían por desbordar a los Jueces, no se resolverían nunca y el sistema jurídico colapsaría.

No es difícil advertir entonces que la división del trabajo en lo que a la resolución de conflictos se refiere, además de sus incomparables virtudes, viene acompañada de inevitables defectos, entre los que resaltan, la diversidad de criterios, las distintas interpretaciones, los sesgos, las diferentes personalidades, la diversidad de culturas, etcétera. En tanto ser humanos, los Jueces se encuentran condicionados por una serie de factores entre los que resalta –sobre todo– su pasado. Como en cualquier caso, el pasado los condena.

Al respecto, con mucho acierto el profesor Marchese ha señalado que *“la pluralidad de los jueces es una necesidad inevitable y de esta pluralidad deriva, desde luego, la diversidad de interpretaciones, que lleva a que en un mismo tiempo puedan aplicarse a casos similares criterios jurídicos distintos, con el grado de injusticia que ello implica”*³⁵⁵.

En este contexto, es utópico esperar que las decisiones jurisdiccionales sean predecibles sin ninguna institución que las uniformice. Cada una de dichas

³⁵⁵ MARCHESE QUINTANA, Bruno. La Casación Civil. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 60.

decisiones viene teñida del color e impregnada de la marca del Juez que la dictó. Si ello es así, es de suyo evidente que las decisiones jurisdiccionales dictadas por los Jueces van a contemplar un sinnúmero de criterios e interpretaciones en relación a las normas aplicadas. En otras palabras, las decisiones jurisdiccionales pueden terminar siendo cualquier cosa menos predecibles.

El problema es que a pesar que cada una de las diversas interpretaciones de los Jueces puede ser igualmente válida, la diversidad de criterios no hace más que crear incertidumbre. La sociedad no sabe a qué atenerse. Las personas pueden demandar y demandar sin ningún límite. El destino es el caos. Lo que es peor aun, la decisión de demandar sin límite no responde a una conducta tendenciosa sino, por el contrario, a una decisión absolutamente racional y legítima. En la medida que no existen criterios claros –piensan los litigantes– siempre existe la posibilidad de que su pretensión sea amparada.

Podemos concluir entonces que cuando existe una diversidad de criterios en la jurisprudencia, no se evitan los conflictos, sino más bien se promueven. Esto es sumamente peligroso porque la instrumentalidad del Derecho se relativiza. Y si ello es así, con absoluta validez podría cuestionarse la efectividad del Derecho.

Como se puede apreciar, la necesidad de crear una institución que establezca criterios claros y que uniformice la jurisprudencia es una exigencia constitucional. Esta es la misión que actualmente cumple la casación: la uniformidad jurisprudencial, que es la que mejor coordina con el segundo fin

tradicional de la casación, la defensa del ius litigatoris, ya que el litigante va a poder conocer ex ante el sentido de la resolución que va a obtener el Tribunal de casación³⁵⁶.

En tal sentido, es fácil advertir que la casación busca crear predictibilidad y brindar seguridad jurídica a los particularcon respecto a las decisiones que adoptarán los órganos jurisdiccionales en el futuro. En esa línea, el profesor Rúa ha señalado que *“el recurso casatorio tiene como propósito o fin mediato lograr la seguridad y certeza jurídica”*³⁵⁷.

En relación al recurso de casación, el profesor Marchese ha expresado textualmente lo siguiente:

*“La imposibilidad de establecer un tribunal único, por la multitud de asuntos, hace que el legislador se concrete al punto trascendente de las discrepancias, la cuestión jurídica, para atenuar el riesgo de criterios divergentes. Esto se logra en la medida que unifique y centralice el órgano supremo al cual se confía el conocimiento del recurso de casación”*³⁵⁸.

Por su parte, en relación a la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales, el profesor Roncalla ha expresado lo siguiente:

³⁵⁶ NIEVA FENOLL, Jorge. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. J.M. Bosch Edito, Lima, p. 24. Sobre este particular, el profesor Marchese ha señalado que *“desde que la Casación se promueve mediante recurso, da la impresión de que esta es solo un medio que la ley concede a la parte vencida para rectificar la decisión, sin más intención que ésta. Sin embargo, como señalamos, la Casación tiene un carácter público y privado, y es en sus fines en que el primero se evidencia, pues se encuentran implícitos en la Casación y revelan su importancia. El Código Procesal Civil ha consagrado positivamente en su artículo 384 la correcta interpretación de la ley y la unificación de la jurisprudencia. Si bien este es el fin primordial, también realiza un control jerárquico.* MARCHESE QUINTANA, Bruno. *La Casación Civil*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 57.

³⁵⁷ DE LA RÚA, Fernando. *La Casación Penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 23.

³⁵⁸ MARCHESE QUINTANA, Bruno. *La Casación Civil*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 60.

“Una jurisprudencia constante es preferible, en interés de los particulares, a una jurisprudencia justa, porque solamente cuando las normas jurídicas que establecen formalidades procesales estén ya aclaradas y precisadas de un modo cierto por una jurisprudencia constante, los litigantes tendrán la posibilidad de atenerse escrupulosamente a aquellas”³⁵⁹.

De igual manera, con respecto a la función de la casación, el profesor Taruffo se ha pronunciado de la siguiente manera:

“En esta situación la interpretación de la norma efectuada con ocasión de un caso particular está dirigida predominantemente al futuro, es decir, a los futuros casos idénticos o análogos, y su propósito principal consiste entonces en establecer un criterio válido para la decisión de estos casos futuros. Entonces, se puede decir que la función de la casación hacia la creación de precedentes dirigidos a influenciar la jurisprudencia sucesiva (de los jueces de mérito, pero también de la propia casación)”³⁶⁰.

Como se puede apreciar, cuando no existen criterios claros en un sistema jurídico, las personas encuentran en sus casos iguales posibilidades de ganar o perder, con lo cual –piensan– vale la pena asumir el riesgo de presentar una demanda. Sin embargo, si existe un órgano supremo que crea precedentes o adopta criterios claros y constantes, los litigantes saben desde el inicio cuál

³⁵⁹ RONCALLA VALDIVIA, Lino. *El recurso de casación en material civil*. Jurisprudencia de la Corte Suprema, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1996.

³⁶⁰ TARUFFO, Michele. *El Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Palestra editores, Lima, 2005, p. 13.

será el resultado del proceso y, en consecuencia, al contar con toda la información disponible, saben a qué atenerse.

Bajo esa línea argumentativa, tiene todo el sentido que a través del recurso de casación los vocales supremos puedan pronunciarse sobre el derecho. Debemos recordar –en primer lugar– que los vocales supremos son las personas que se encuentran en mejores condiciones para aplicar e interpretar el derecho. No solo son elegidos por su trayectoria sino también por su experiencia en la judicatura. Son –o por lo menos debiesen ser– las personas más calificadas para pronunciarse sobre el derecho, lo cual tiene un impacto directo no solo en la uniformización de la jurisprudencia, sino incluso en la justicia de los casos concretos.

Alguien podría pensar ingenuamente que nos estamos contradiciendo porque las razones que esbozamos para justificar la casación son las mismas que justifican la doble instancia. Esta línea de pensamiento es equivocada, ya que la naturaleza y los fines de la casación exigen que los vocales supremos encargados de uniformizar la jurisprudencia, sean muy pocos. Si es que acaso se contemplara una estructura en la cual se nombrara cientos de vocales supremos, los costos de transacción serían demasiado altos, y no sería posible uniformizar la jurisprudencia ni adoptar criterios claros y constantes.

En ese sentido se pronunció Taruffo que sobre el particular ha señalado que *“Calamandrei era tendencialmente contrario al aumento del número de secciones, el mismo que incidía negativamente en la función de unificación de*

*la jurisprudencia, por lo cual, se necesitaría, en cambio, una única sección, y era contrario también el número de jueces*³⁶¹.

Estando a ello, a efectos de dejar en claro que no existe ninguna contradicción de nuestra parte, debemos reiterar que nuestra propuesta consiste en que los vocales superiores sustituyan a los Jueces de primer grado, los que –en nuestra opinión– no cumplen ninguna tarea significativa en el juzgamiento de los casos. Sin embargo, esa misma propuesta no puede ser replanteada con respecto a los vocales supremos porque no es humanamente posible que nueve personas resuelvan todos los conflictos de una sociedad.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos recordar que los vocales supremos no solo se encuentran en las mejores condiciones para aplicar e interpretar el derecho, sino que tienen la loable tarea de establecer criterios claros y constantes para que la sociedad sepa a qué atenerse y así evitar los conflictos.

En relación a ello, con absoluto acierto el profesor Marchese ha expresado que el recurso de casación, con su particular característica de limitar el examen a las solas cuestiones de derecho, brinda la posibilidad de favorecer, mediante una regulación precisa que tiende a la centralización, la unificación del Derecho y de la interpretación jurisprudencial³⁶².

En nuestra opinión, es un despropósito que una norma jurídica –general y abstracta– pueda estar abierta a más de una interpretación. No es nuestro

³⁶¹ TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo- Ensayos sobre la Casación civil*. Palestra editores, Lima, 2005, p. 78.

³⁶² MARCHESE QUINTANA, Bruno. La Casación Civil. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 60.

propósito –por cierto– afirmar que las normas jurídicas no admiten más de una interpretación constitucionalmente válida. Como dijimos en capítulos anteriores, en el Derecho las cosas no son blancas o negras. Sin embargo, al igual que Roncalla, somos de la opinión que una jurisprudencia constante es preferible a una jurisprudencia divergente y constitucionalmente válida. Cuando las normas están ya aclaradas y precisadas, los litigantes se atienen escrupulosamente a ellas y así se evitan los conflictos.

Teniendo ello en cuenta, consideramos que la única manera de lograr esa tan necesaria predictibilidad es concederle a los vocales supremos –por medio de la casación– la posibilidad de tener injerencia en los fallos judiciales de los vocales inferiores. En otras palabras, se les debe reconocer la posibilidad de pronunciarse nuevamente sobre el derecho aplicando o interpretando correctamente las normas aplicables al caso concreto. Si no existiese un mecanismo de control de estos fallos que uniformice la jurisprudencia, el Derecho se limitaría a resolver los conflictos y no a prevenirlos.

Una de las preguntas que podría surgir es la siguiente: si los vocales supremos están legitimados para interpretar y aplicar adecuadamente el Derecho, ¿por qué no podría concedérseles la posibilidad de interpretar y aplicar correctamente los hechos? Al fin y al cabo, la inaplicación de una norma al caso concreto –podría alegarse– es tan arbitraria como una valoración convenida sobre los hechos. Esto es verdad, sin embargo, la distinción estriba en que a diferencia del Derecho, los hechos son por naturaleza subjetivos. Y –por definición– lo que es subjetivo no puede uniformizarse.

El Derecho, por el contrario, es objetivo. De ahí que al conjunto de normas que determina quien tiene el interés jurídico prevalente y quién el interés jurídico subordinado, se le denomine con frecuencia derecho objetivo. Teniendo ello en cuenta, guarda absoluta coherencia que se haga los mayores esfuerzos en uniformizar el Derecho, en tanto no hay margen de duda que la existencia de múltiples interpretaciones y criterios respecto a las normas jurídicas no hace más que subjetivizar el Derecho, lo que no es deseable en un sistema jurídico que busca predictibilidad y seguridad jurídica.

Como punto adicional, debe recordarse que los hechos son tan subjetivos que son las propias partes –acompañadas de sus sesgos y versiones– quienes tienen la tarea de incorporarlos al proceso³⁶³. Por el contrario, en virtud del principio *iura novit curia* son los Jueces quienes tienen la obligación de aplicar el Derecho al caso concreto (a pesar que no haya sido invocado por las partes). El Derecho, qué duda cabe, solo puede ser aplicado e interpretado con efectividad cuando existen criterios claros y constantes en la jurisprudencia.

Estando a lo expuesto, puede colegirse que tiene todo el sentido que se hagan los mayores esfuerzos en uniformizar el Derecho (y no los hechos). No solo para que la sociedad sepa a qué atenerse, sino también para que los Jueces no apliquen en un mismo tiempo criterios jurídicos distintos a casos idénticos, con el grado de injusticia que ello implica.

³⁶³ De ahí se extrae el principio que prescribe que “está prohibido el conocimiento privado del juez”. Sobre el particular, se ha señalado que “conforme al enunciado de este principio, los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento privado que tenga sobre ellos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil”. La prueba en el proceso contencioso administrativo. En: <http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.minhacienda.gov.co> (consulta: 29/07/2014).

¿Por qué no sobre los hechos?

Los vocales supremos que resuelven en casación no solo no tienen ninguna relación con las partes, sino que no tienen ningún contacto con los hechos. Lo que es más, no actúan un solo medio probatorio ni participan en una sola audiencia. Y si fuera poco, no tienen ninguna intermediación con los actores del proceso ni gozan de la oralidad. Si sabemos que ello es así, ¿qué sentido tiene que los vocales supremos se pronuncien sobre los hechos?

En esta misma línea argumentativa, es preciso invocar el artículo 394 del Código Procesal Civil que expresa que *“durante la tramitación del recurso de casación, la actividad procesal de las partes se limita a la facultad de presentar informes escritos y un solo informe oral durante la vista de la causa”*. Si esa es toda la actividad procesal que se realiza en casación, pues entonces con qué criterio podría alegarse que esta nimia e insignificante actividad procesal puede sustituir a la rica y abundante actividad que vivió el Juez de primer grado.

Nuevamente es preciso enfatizar el valor que tiene la “información” al momento de tomar decisiones. Como alguna vez dijo Benegas Lynch, quien cuenta con más información es quien se encuentra en mejores condiciones para resolver la controversia. Si es que en un supuesto hipotético el legislador hubiese previsto que la Corte Suprema en casación puede pronunciarse sobre los hechos, los resultados serían nefastos pues se estaría condenando a la parte vencida a

acatar la decisión dictada por los Jueces que se encontraban en peores condiciones para resolver el conflicto.

Una tesis bajo la cual los vocales supremos se pronuncien sobre los hechos no resistiría el menor análisis. No existe la mínima posibilidad de que los vocales supremos se encuentren en mejores condiciones que los Jueces de primer grado para pronunciarse sobre los hechos. ¿En qué mundo podría ser ello así? Si es que acaso el sistema jurídico previera esa posibilidad, los resultados serían nefastos pues el legislador estaría promoviendo el riesgo de error judicial, lo que es inaceptable en un Estado Constitucional.

Más aun, un sistema estructurado en esos términos, atenta directamente contra la finalidad de todo proceso judicial consistente en resolver los conflictos en virtud de la verdad material. Un sistema en el cual la Corte Suprema en casación esté autorizada para pronunciarse sobre los hechos, no acercaría el proceso a la verdad material sino más bien lo distanciaría. ¿Bajo qué criterio una persona que no tuvo ningún contacto con los hechos y las pruebas podría acercar el proceso a la verdad material?

Se debe recordar que el Juez de primer grado fue quien tuvo intermediación con los sujetos y con las pruebas. Se debe tener en cuenta que aquél que sentenció en primer grado fue el que interrogó al testigo y le hizo las repreguntas, 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 lugar de los hechos; fue el que estuvo en contacto real y directo con el proceso, el conflicto y sus protagonistas³⁶⁴.

Con absoluto acierto nuestra legislación ha proscrito la posibilidad de que los vocales supremos se pronuncien sobre los hechos, afirmando que sus facultades se limitan a pronunciarse sobre el Derecho. Al respecto, el artículo 384 del Código Procesal Civil ha expresado textualmente que *“el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”*.

Sobre este particular, el profesor Taruffo ha señalado textualmente que *“el límite fundamental de la función institucional de la corte de casación consiste en la imposibilidad de controlar directamente la valoración de los hechos realizados por el juez de mérito”*³⁶⁵.

De igual manera, la Corte Suprema de la República ha expresado en una emblemática sentencia textualmente lo siguiente:

“La Corte de Casación es la que está en mejores condiciones para procurar el fin político de unificación de la jurisprudencia pues, desde que está excluido de su conocimiento el examen de todas las cuestiones de hecho, referidas siempre a una relación concreta y específica, le es

³⁶⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista *Advocatus*, Número 9, p. 418.

³⁶⁵ TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo- Ensayos sobre la Casación civil*. Palestra editores, Lima, 2005, p. 160.

*posible actuar en el terreno de la interpretación del derecho como norma general y abstracta, que, aunque aplicable al caso controvertido, trasciende en la posibilidad de aplicarse a otros casos similares*³⁶⁶.

La prohibición de la Corte Suprema de pronunciarse sobre los hechos precisada en la jurisprudencia citada responde precisamente al hecho que los vocales supremos no son quienes se encuentran en las mejores condiciones para pronunciarse sobre los hechos. No sucede lo mismo con el Derecho en que debido a su trayectoria y a su amplia experiencia en la judicatura, se encuentra en las mejores condiciones. Por todo lo expuesto, podemos concluir que es deseable que la Corte Suprema pueda pronunciarse en casación sobre el Derecho, mas no sobre los hechos.

³⁶⁶ MARCHESI QUINTANA, Bruno. *La Casación Civil*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997, p. 60.



1. La doble instancia no es un principio constitucional. Se trata, en realidad, del corolario de una ponderación defectuosa. El constituyente colocó a un lado de la balanza la necesidad de eliminar el error judicial y, al otro, el derecho a un plazo razonable. Ciertamente los principios que se ponderaron son bienes constitucionales; sin embargo, la doble instancia, como defectuosa secuela de una ponderación, no lo es.
2. La doble instancia no es más que una herramienta para corregir las externalidades negativas que se generan como consecuencia de la predeterminación legal del Juez. Si las partes tuviesen la posibilidad de designar a sus Jueces, no habría necesidad de apelar. No tiene sentido impugnar la decisión de personas en las que se confía plenamente.
3. La apelación cumplía una función en el derecho romano. En tanto el Emperador era infalible, no solo se mitigaba sino que se eliminaba el riesgo de error judicial. Sin embargo, no se debe perder de vista que la auténtica finalidad de la apelación en Roma –antes que lograr la justicia en el caso concreto– era la concentración de poder del Emperador. En ese sentido, resultan curiosas las tesis que propugnan que la proposición de una sola instancia en el proceso civil peruano es una medida autoritaria y hasta arbitraria cuando la historia revela nítidamente que esa era precisamente la función que explica el origen de la doble instancia.
4. La doble instancia no minimiza los costos de error. No hay nada en la doble instancia que garantice un mejor “decision making”. Si quienes juzgan son

seres humanos, siempre va a haber errores en el proceso. En tal sentido, siendo el error un riesgo permitido, no se deben hacer esfuerzos sobrehumanos para intentar eliminarlo.

5. Un proceso nunca debe durar lo que debe de durar sino lo que el derecho material se lo permite. Muchas veces el derecho material no permite dos instancias. En ese sentido, si realizamos un análisis marginal de la duración de algunos procesos, podríamos advertir que con frecuencia el derecho material que reclama tutela no tolera dos instancias.
6. El principio de doble instancia nos coloca ante una situación dramática. Nos obliga a ponderar entre una presunta minimización del error o la inequívoca dilación del proceso que muchas veces termina por lapidar una decisión oportuna. Ante esta situación trágica, con la consagración del principio de doble instancia el constituyente optó por desperdiciar un recurso realmente valioso para el proceso: el tiempo. Se debe recordar que, como bien señala Couture, en el proceso, el tiempo es algo más que oro: es justicia.
7. Con la doble instancia se ha condenado a dictar el fallo final a la persona que cuenta con menos información. El principio de doble instancia ha dispuesto que la persona que no tuvo ninguna inmediación con las partes, que no actuó absolutamente ni un solo medio probatorio, que no gozó ni de media oralidad, sí, esa persona es quien tiene el poder para resolver el conflicto con una sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada. En otras

palabras, quien tiene la palabra final es quien se encuentra en peores condiciones para resolver el conflicto.

8. La consagración de la doble instancia implica una deleznable afrenta a la oralidad. La doble instancia no hace más que reafirmar que todas las ventajas de un proceso oral no tienen ningún asidero en el proceso judicial peruano. No podría ser de otra manera, ya que la decisión de cosa juzgada se dicta en base a una realidad escrita. Todo lo oral que pudo caracterizar a un proceso judicial peruano en primera instancia no cumple ninguna función.
9. Ciertamente todos los justiciables tienen derecho a una decisión experimentada. No obstante, lo que no resiste el menor análisis es que se garanticen dos decisiones: una más experimentada y otra menos experimentada. Si desde el inicio se sabe a ciencia cierta que la segunda es una decisión más experimentada que la primera, ¿cuál es el sentido de reconocer al inicio una decisión menos experimentada?
10. En contraste con el principio de doble instancia, el principio del doble grado de jurisdicción es más ineficiente aun. No podría ser de otra manera, ya que el principio del doble grado de jurisdicción implica por definición la renovación total del juicio. Si la estructura del proceso parte de la proposición que el proceso va a ser renovado por completo, ¿de qué sirvió todo lo trabajado en primer grado? Pues de nada. Si absolutamente todo lo que se hizo en primer grado se va a repetir en el segundo grado,

¿entonces cuál es el sentido del primer grado? La existencia de dos grados no hace más que menospreciar todo el trabajo realizado en el primero.

11. La apelación se presenta como una panacea para la mala fe procesal. La realidad descrita demuestra que más allá de los propósitos bienintencionados que puedan justificar a la doble instancia, hoy se ha convertido por antonomasia en la institución reconocida por el ordenamiento jurídico mediante la cual se puede legítimamente dilatar el proceso sin ninguna consecuencia opresora destinada a sancionar dicha conducta maliciosa. En otras palabras, se trata del mecanismo institucionalizado para la mala fe procesal.

12. En aplicación del Teorema de Coase, cuando los costos de transacción son altos, el legislador debe colocarse en una situación hipotética que simule la solución a la que llegarían los agentes económicos en el mercado. En tal sentido, el legislador debería diseñar las garantías que aseguren el debido proceso acogiéndose al sistema de resolución de conflictos del mercado, esto es, el arbitraje. En este contexto, aquellas garantías procesales que sean prescindibles en el sistema de mercado deben ser excluidas por ineficientes. No hay ninguna razón por la que una garantía sea innecesaria en un modelo de mercado y necesaria en un modelo regulado. Todo lo contrario, la propuesta de Coase es que el modelo regulado sea una reproducción exacta del modelo de mercado. Siendo ello así, no existe ninguna razón que justifique que en el proceso judicial se cuente con una

garantía como la doble instancia y que es lo que justifica que el arbitraje – modelo de mercado– no la tenga.

13. Se pueden formular algunas preguntas que cuestionan la constitucionalidad de la doble instancia: ¿es posible imaginar un proceso arbitral sin derecho de acción? ¿Sin derecho de defensa? ¿Sin derecho a la prueba? ¿Sin cosa juzgada? Estas alternativas parecen insostenibles. Ello no podría ser de otra manera, se trata de normas constitucionales y, en consecuencia, son imperativas. En efecto, las garantías procesales mencionadas se encuentran expresamente recogidas en el artículo 139 de la Constitución. Ergo, son normas de orden público y, consecuentemente, irrenunciables. Sin embargo, a diferencia de las garantías procesales mencionadas, es perfectamente posible pactar en contra de la doble instancia. Como se puede apreciar, implícitamente el legislador cuestiona la constitucionalidad de la doble instancia. Se trata a todas luces de una opción legislativa. De cualquier otra manera, pactar en contra de la doble instancia, no sería posible.

14. Cuando se interpone recurso de apelación se están creando externalidades, puesto que se está afectando la duración de los demás procesos que se encuentran en trámite porque claramente el Juez no puede atender todos los procesos a la vez. En efecto, la doble instancia implica una exigencia al Juez no solo que el propio proceso dure más, sino que todos los procesos alternos también lo hagan. Como se puede apreciar, la doble instancia genera un costo social y no cualquier costo,

sino uno realmente significativo que muchas veces termina logrando que el propio diseño del proceso sea el que vulnere derechos. Entonces el ordenamiento jurídico pierde legitimidad –muchas veces– por las externalidades que la doble instancia crea en el sistema judicial.

15. La doble instancia contribuye a la sobreexplotación del Poder Judicial. Es decir, coadyuva a esta tragedia de los comunes. Así, el problema reside en que todos apelan y nadie asume los reales costos que la apelación implica. Bajo esos términos, se incentiva las apelaciones sin ningún límite. El efecto es el colapso del sistema de justicia. El resultado es trágico. Lo que sucede es que bajo la premisa que la doble instancia es una garantía procesal indispensable para un debido proceso, se toma en cuenta el beneficio, pero no el costo. Como correlato, los individuos usan como un bien infinito un bien que por definición es finito, con lo cual el comportamiento de los individuos no se condice con el nivel de escasez del bien y, por consiguiente, se apela siempre sin reparos. Así las cosas, si estamos de acuerdo en que el Poder Judicial está sufriendo una tragedia de comunes, la culpa la tiene parcialmente la doble instancia.

16. Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos advertir que el diseño del proceso ha resultado ser un despropósito. El sistema actual contempla dos instancias: (i) una primera en que el Juez que la conforma es el más informado; y, (ii) una segunda en que los vocales que la conforman son los más experimentados. Esta estructura es absurda. ¿Cuál es el sentido de deslindar las dos virtudes señaladas en dos personas distintas cuando

pueden concentrarse en una sola persona? Podemos concluir entonces que contamos con un sistema draconiano en que no existe convergencia, puesto que el más informado no es el más experimentado.

17. Si es que verdaderamente los vocales de segundo grado son más experimentados que los del primero, nuestra propuesta cae por su propio peso: que se suprima la primera instancia y que se consagre como principio constitucional la unidad de instancia mediante un órgano colegiado conformado por tres vocales. Consideramos que prescindir de la primera instancia y colocar a los vocales de segunda en primera para que resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo, sería una opción mucho más consistente. De esa manera podría encontrarse el punto de equilibrio en cual el más informado sería también el más experimentado. Esa es la convergencia que necesitamos para que se brinde una efectiva tutela jurisdiccional a las situaciones jurídicas de los particulares.

18. La impugnación parece tener una justificación psicológica. La necesidad de apelar parece responder a una tendencia natural del ser humano. Existe una necesidad psicológica de refutar, objetar y contradecir. Al ser humano lo carcome la posibilidad que todo se termine de una sola vez. La revisión de los fallos les da estabilidad y hasta tranquilidad. En ese sentido, Solé Riera ha dicho con razón que existe una tendencia natural del vencido a rebelarse contra la derrota. Vescovi ha apuntado que la impugnación surge de un ansia natural de justicia. Marinoni, por su parte, ha señalado que luego de la sentencia existe siempre un inconformismo de la parte vencida.

Todo parece indicar que la impugnación podría encontrar su justificación – antes que en argumentos económicos y jurídicos– en razones psicológicas.

19. Al igual que en el proceso arbitral con la prescripción del recurso de anulación de laudo, en el proceso judicial debe consagrarse un medio impugnatorio que preserve condiciones mínimas y que controle el exceso de poder. El control de poder es connatural al Estado Constitucional de Derecho. Ahora bien, resulta pertinente preguntar, ¿cómo debe ser diseñado el mecanismo que controle el exceso de poder en el marco de un proceso judicial? Consideramos que dicho mecanismo debe contar con las siguientes características: (i) debe buscar controlar el exceso de poder; (ii) debe tratarse de un recurso excepcional; (iii) debe encontrarse detallado en forma específica las causales bajo las cuales se puede utilizar dicho recurso; (iv) la revisión no debe ser muy amplia; (v) debe buscar preservar cuestiones fundamentales y (vi) debe tratarse de un solo recurso.

En nuestra opinión, el recurso de casación cumple con cada uno de los requisitos enumerados, siendo innecesario el recurso de apelación. Debemos recordar que la casación es un recurso extraordinario confiado al más alto órgano jurisdiccional, que tiene como propósito invalidar las desviaciones de los Jueces frente al texto expreso de la ley. Es un control jurídico sobre los Jueces, a fin de mantener la unidad del Derecho y la jurisprudencia nacional, que asegure al propio tiempo la igualdad de la ley para todos.



1. *Acceso a la justicia y defensoría del pueblo*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2001.
2. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86-87.
3. ALFARO VALVERDE, Luis G. *Ficción y realidad en torno a la garantía constitucional de la impugnación*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
4. ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV, segunda edición, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1961.
5. ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control de poder*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/288/5.pdf> (consulta: 3 de octubre de 2014).
6. ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr11.pdf> (consulta: 9 de septiembre de 2014).

7. ARAZI, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995.
8. ARIANO DEHO, Eugenia. *Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso*. En: *Advocatus* N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003.
9. BACIGALUPO Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Temis, Bogotá, 1996.
10. BALBONTÍN RETAMALES, Alberto. *El régimen probatorio en el recurso de apelación civil*. Editorial Chile.
11. BARANDIARÁN HART, José León. *El arbitraje: sus ventajas con respecto al proceso judicial*. En: *Legal Express*, N° 5, *Gaceta Jurídica*, 2001, p. 4. Kos Rabcewitz, Cultural Cuzco, Lima, 1989.
12. BENAVENTE, Darío. *Derecho procesal. Juicio ordinario y recursos procesales*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.
13. BENEGAS LYNCH, Alberto. *Fundamentos de Análisis Económico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, Undécima Edición.

14. BENSON, Bruce I. *Arbitration*. En: Encyclopedia of Law and Economics, www.encyclo.findlaw.com/7500book.pdf.
15. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).
16. BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, impreso en 1781 y publicado en 1789 (Batoche Books: Kitchener, ON Canada, 2000).
17. BUITRAGO CASTAÑEDA, Sandra Bibiana y Carlos Alfredo ARAUJO PALOMINO. *El recurso extraordinario de casación laboral*. En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS40.pdf> (Consulta: 29/07/2014).
18. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Cuando la gente se equivoca. La asimetría informativa y los defectos de información en la contratación*. Derecho y Economía, Análisis económico de las instituciones legales, Parte 7, Sección 6.
19. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Causalidad*. En: Derecho y Economía, Parte V, Sección 3.

20. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual*. Derecho y Economía, Análisis económico de las instituciones legales, Parte IV, Sección 6.
21. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *El sistema de responsabilidad civil extracontractual*. En: Derecho y Economía, Análisis económico de las instituciones legales, Parte V, Sección 1.
22. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991*. En: Apuntes N° 28, 1991.
23. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Carlos Alberto Soto Coaguila (Coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, p. XVII.
24. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a otros?* En: Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales, Palestra Editores.
25. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El debido proceso en los procedimientos parlamentarios*. A propósito de una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal N° 4, 2003.

26. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara: Lima, 2001.
27. CAIVANO, Roque J. *Negociación, conciliación y arbitraje*. Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (Apenac), Lima, 1998.
28. CALAMADREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I, Volumen 1. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1996.
29. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *El arbitraje comercial y de las inversiones*. En: Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007.
30. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Comentario al artículo 2 de la Ley General de Arbitraje*. En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Carlos Alberto SOTO COÁGUILA (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011.
31. CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974.
32. CAPPELLETTI, Mauro y Bryan GARTH. *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de cultura económica, México, 1996.

33. CARNELUTTI, Francesco. *Principios del Derecho Procesal Penal*. Citado por: VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma: Buenos Aires, 1988.
34. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha, 1944, Tomo I.
35. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoría geral do processo*. Forense, Río de Janeiro.
36. CARRIÓ, Genaro. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.
37. CAVANI BRAIN, Renzo. *Breve coloquio sobre el doble grado y la nulidad procesal*. En: <http://afojascero.wordpress.com/2012/01/09/breve-coloquio-sobre-el-doble-grado-y-la-nulidad-procesal/>. (consulta: 03/08/2013).
38. CERVELLÓ, José María. *Recurso de Casación*. En: <http://cervello.blogs.ie.edu/2008/08/recurso-de-casacion-por-antonio-botella.html> (consulta: 29/07/2014).
39. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch: Barcelona, 1994.

40. CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*. Oxford University Press, Mexico D.F.
41. CHIOVENDA, Giuseppe. *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riformi processuali* (1910), en *Saggi di diritto processale civile (1894-1937)*, al cuidado de Proto Pisani, Milano, 1993.
42. COASE, Ronald. *The problem of the social cost*. En: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960.
43. CORILLOCLA TERBULLINO. Pavel. *Protección al Consumidor: entre la Teoría Económica y la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Económicos y Desarrollo Empresarial, Documentos de Trabajo 6, 2007.
44. COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1969.
45. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo, Buenos Aires, Faira, 2002.
46. COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. *Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada*. En: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718->

68512012000100012&script=sci_arttext (consulta: 9 de septiembre de 2014).

47. DE LA PLAZA, Manuel. *La Casación Civil*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944.
48. DE LA RÚA, Fernando. *La Casación Penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
49. DEMSETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*. En *American Economics Review* N° 57, 1967.
50. DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Del formalismo en el proceso civil*. Palestra, Lima.
51. DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.
52. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985.
53. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo 1. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

54. DESCARTES, René. *Meditaciones Metafísicas*. En: *Obras Escogidas. Temas de filosofía moderna*.
55. FALCÓN, Enrique. *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978.
56. FARFÁN, Fernando. *¿El derecho de recurrir del fallo ante el Juez o Tribunal superior?* En: <http://www.monografias.com/trabajos55/recurrir-del-fallo/recurrir-del-fallo2.shtml#ixzz38lWf9Dn0> (Consulta: 28/07/2014).
57. GARCÍA CALDERON MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional en la legislación peruana*. En: *Revista Peruana de Derecho Internacional*, tomo XLVI, N° 108, Lima, 1996.
58. GARRO, Alejandro. *El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central*. En: *Arbitraje comercial y laboral en América Central*, Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990.
59. GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3era edición, Civitas, Madrid, 2001.

60. GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *El arbitraje comercial internacional*. En: Revista del Foro, N° 1, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1994.
61. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Derecho Procesal Civil*. Jurista editores, Lima, 2010.
62. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *Indemnización por error judicial y detenciones arbitrarias: el caso Castro Acuña*. En: Temas de Derechos Fundamentales, <http://blog.pucp.edu.pe/item/161338/indemnizacion-por-error-judicial-y-detenciones-arbitrarias-el-caso-castro-acuna> (consulta: 30 de julio de 2013).
63. IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel. *Tratado de los recursos en el proceso civil*. Tercera edición. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1963.
64. INDACOCHEA PREVOST, Ursula. *¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos?* En: THEMIS 55, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP.
65. IÑIGO DE LANDECHO Y URQUIJO. *Arbitraje: única vía posible a la desjudicialización*.
66. KELSEN, Hans. *La dottrina pura del Diritto*. Turín, 1956.

67. KIELMANOVICH, Jorge. *Recurso de apelación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
68. LA ROSA CALLE, Javier. *Acceso a la justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública*. En: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12428.pdf> (consulta: 02/01/2014).
69. LEVITT, Steven D. y Stephen J. Dubner. *Freakonomics*. Ediciones B, S.A., 2005.
70. LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994.
71. LOUYAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989.
72. LOZANO BAMBAREN, Juan Carlos. *Recurso de Casación Civil*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005.
73. MALEM SEÑA, Jorge. *El error judicial*. En: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada28/1_MALEM.pdf (consulta: 23 de julio de 2013).

74. MANGARD, Nils. *El arbitraje y el sistema judicial*. En: Estudios sobre arbitraje comercial internacional, segunda edición, Centro de Estudios Comerciales (Ceco), Madrid, 1983.
75. MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje*. Iustel, Madrid, 2005.
76. MARCHESI QUINTANA, Bruno. *La Casación Civil*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997.
77. MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
78. MATTIROLO, Luís. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Tomo II, La España Moderna, Madrid.
79. MEDINA FRISANCHO, José Luis. *La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal*. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf (Consulta: 3 de agosto de 2013).
80. MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil*. Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires.

81. MONROY GALVEZ, Juan. *Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992*. En: THEMIS N° 15, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, 1993.
82. MONROY GALVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada*. Apuntes iniciales. En: Revista peruana de Derecho Procesal. Número IV. Lima: Jemafy Editores, 2001.
83. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano*. Revista Peruana de Derecho Procesal N° 1, 1997.
84. MONTERO AROCA, Juan y José FLORES MATÍES. *Tratado de recursos en el proceso civil*. Tirant blanch, Valencia, 2005.
85. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El error judicial*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.
86. NIEVA FENOLL, Jorge. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. J.M. Bosch Edito, Lima.
87. OGAYÁR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

88. PARDO, J. Esteve. *La intervención preventiva en el medio ambiente y la salud pública*. En: REDA 119.
89. PARK, William. *The specificity of International Arbitration: the case for FAA Reform*. En: Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. N° 36, 2003.
90. PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal*. En: THEMIS N° 46, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
91. PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto y Néstor Martínez Neira. *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*, Temis, Bogotá, 1986.
92. PEYRANO, Jorge W. *El abuso procesal recursivo o situaciones de recursos ad infinitum*. En: Ius et Veritas N° 33, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP.
93. PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. 4ta edición, 1932.
94. PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Advocatus N° 9, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003.

95. PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. 4ta edición, Ara Editores, Lima.
96. PRIORI POSADA, Giovanni. *El proceso en el Estado Constitucional*. Ara Editores, Lima.
97. PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: *Ius et Veritas* 26, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima.
98. PRIORI POSADA, Giovanni. *El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites*. En: *Revista Ius et Veritas*, Número 26.
99. QUINTERO, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del proceso*. Tomo II, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1995.
100. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada*. En: http://books.google.com.pe/books?id=uAXVTDSM_PYC&pg=PA148&lpg=PA148&dq=Riesgo+permitido+error+judicial&source=bl&ots=dtYD1M_pfR&sig=oe0acvySGtXnBzMxd-mZVendImk&hl=es-419&sa=X&ei=Izv9UeLaCpCyiGkKlGoDQ&ved=0CCsQ6AEwAA#v=onepage&q=Riesgo%20permitido%20error%20judicial&f=false (Consulta: 3 de agosto de 2013).

101. REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, segunda edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1991.
102. REISMAN, Michael. *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration – Breakdown and Repair*, Duke University Press, 1992.
103. REMÓN, Jesús. *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942> (consulta: 13/01/2013).
104. RENGEL-RIIMBERG, Arístides. *La casación francesa y la revisión alemana. Estudio comparativo*. En: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/3/deryso_2002_3_49-60.pdf (consulta: 7 de abril de 2014).
105. RIVAROLA REISZ, Domingo. *¿Está complete el Análisis Económico del Derecho?* En: Revista Enfoque Derecho, Portal web editado por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, <http://www.revistathemis.com/enfoque/pag.04.htm>.
106. RIVAROLA REISZ, José Domingo. *Ius Novorum: apelación y reenvío excepcional por nueva prueba*. En: Libro de Ponencia del Tercer

Congreso Internacional Proceso y Constitución. Las garantías de un proceso justo, Palestra Editores, Lima, 2013.

107. ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Temis – Depalma, Buenos Aires, 1957.
108. RODRÍGUEZ TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2000.
109. RONCALLA VALDIVIA, Lino. *El recurso de casación en material civil*. Jurisprudencia de la Corte Suprema, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1996.
110. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955.
111. ROTHBARD, Murray N. *Monopolio y Competencia*. En: Revista Libertas 34, Instituto Universitario ESEADE, 2011.
112. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
113. SALCEDO CUADROS, Carlos Magno. *La ejecución de la sentencia de tutela de derechos como derecho fundamental. Breves apuntes e implicancias a propósito del caso Fonavi*. En: Actualidad Jurídica N° 181.

114. SOLÉ RIERA, Jaume. *Recurso de apelación*. En: Revista peruana de derecho procesal N° 2.
115. SMIT, Hans. *The future of International Commercial Arbitration: A single Transnational Institution*. En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 25, N° 1, 1986.
116. SMITH, Hans. *Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards*. En: The American Review of International Arbitration, Vol. N° 8, N° 2, 1997.
117. SOLA, Juan Vicente. *Constitución y Economía*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
118. SOLE RIERA, Jaume. *Recurso de apelación*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1998.
119. SPINILLO, Alessandro y Emilio VOGELIUS. *International Arbitration in Latin America*. Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002.
120. TARUFFO, Michele. *El Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Palestra editores, Lima, 2005.

121. TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, Lima, Grijley, 2009.
122. TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, 1987.
123. TORRES, Jorge y Guillermo PUYANA. *Manual del Recurso de Casación en Materia Penal*, 2da edición, Edición Proditécnicas, Medellín, 1989.
124. TUESTA SILVA, Wilder. *La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia*. Tesis para optar el título de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal, 2010.
125. UGARTE, Ricardo y Thomas BEVILACQUA. *Ensuring Party Equality in the Process of Designation Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Government Provisions*. Journal of International Arbitration, Kluwer Law International. 2010.
126. VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Desalma, Buenos Aires, 1988.
127. ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro. *El arbitraje comercial internacional en México*. En: El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwick.

UX IN TENEBRIS LU

JURISPRUDENCIA

1. Casación 0684-99-San Martín, El Peruano, 01-12-2000.
2. Casación N° 1211-2000 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 2 de enero de 2001.
3. Casación N° 1284-2000-Ucayali, El Peruano, 17-09-2000.
4. Casación N° 2800-2000/Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de abril de 2001, p. 7217.
5. Casación N° 3692-2000/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de julio de 2001, p. 7455.
6. Casación N° 3281-2002-TUMBES, publicada el 30-07-2003.
7. Casación N° 182-2004/Cajamarca, publicada e el Diario Oficial El Peruano el 01 de agosto de 2005, p. 14411-14412.
8. Casación N° 185-2004/Lima publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de agosto de 2006, p. 16953.
9. Casación N° 215-2005/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de julio de 2007, p. 20091-20092.

10. Casación N° 420-2006/Tumbes, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de mayo de 2007, p. 19568-19569.
11. Casación N° 2447-2006/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2007, p. 20890.
12. Casación N° 2541-2007/Ayacucho, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2 de septiembre de 2008, p. 22778.
13. Casación N° 615-2008/Arequipa, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 01 de diciembre de 2008, p. 23300-23301.
14. Casación N° 1795-2008/lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de diciembre de 2008, p. 23459.
15. Sentencia Herrera Ulloa vs, Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004.
En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
(consulta: 28/07/2014).
16. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 316-1994.
17. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 615-1999-AA/TC.

18. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 015-2001-AI/TC y acumulados.
19. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC.
20. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0282-2004-AA/TC, Fundamento 4.
21. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 618-2005-HC/TC.
22. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 579-2008 del 5 de junio de 2008.
23. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 607-2009-PA/TC del 15 de marzo de 2010.
24. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC.
25. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01797-2010-PA/TC.

26. Sentencia N° 336 del 30 de enero de 1997 expedida por el Tribunal Constitucional publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 7 de marzo de 1997 acerca de la inconstitucionalidad de la Ley N° 26599.
27. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 1994.
28. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 2 de agosto de 1994.

