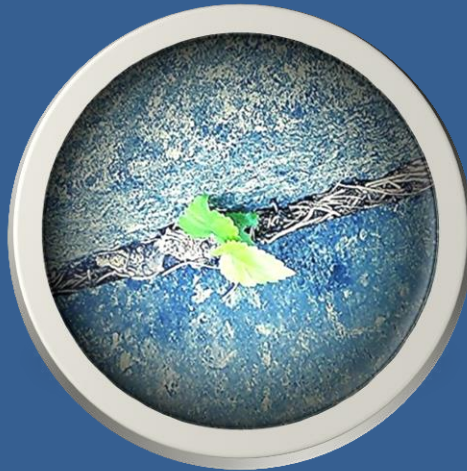


ESCUELA DE
POSGRADO



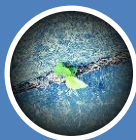
PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 6, Nº 1
Enero-julio 2016
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



**Una página poco conocida de Piero
Calamandrei: la voz “Appello civile” de la
Enciclopedia Italiana
(con nota introductoria de Eugenia Ariano
Deho)**

**[A little-known page of Piero Calamandrei: the voice
“Appello civile” of the *Enciclopedia Italiana* (with
introductory note by Eugenia Ariano Deho)]**

Resumen

Traducción al castellano de la voz “Appello civile” de Piero Calamandrei, publicada en 1929 en la *Enciclopedia Italiana* del Instituto Treccani. En ella el autor florentino sintetiza la historia de la apelación, su justificación lógica, su encuadramiento como impugnación ordinaria, su procedimiento, su objeto y su futuro.

Palabras Clave: Piero Calamandrei; apelación civil; impugnaciones; proceso civil.

Abstract

Spanish translation of the voice “Appello civile” by Piero Calamandrei, published in 1929, in the *Enciclopedia Italiana* of the Istituto Treccani. In it the Florentine author synthesizes the history of the appeal, its logical justification, its position as ordinary recourse, its procedure, its object and its future.

Key words: Piero Calamandrei, civil appeal; recourses; civil process.



Una página poco conocida de Piero Calamandrei: la voz “Appello civile” de la *Enciclopedia Italiana*

Il giudice di appello giudica bene non tanto benché, quanto perché il primo giudice ha giudicato male: anche l'errore è infatti una tappa verso la verità.

Nota introductoria

Hace unos años, no recuerdo si esperando la salida de mi hijo o a la Directora del Colegio Italiano Antonio Raimondi de La Molina, para matar el tiempo, me dirigí a su Biblioteca de la cual tomé al azar un volumen de la gloriosa *Enciclopedia Italiana* del benemérito Istituto Treccani de Roma. La casualidad quiso que fuera el Vol. III y mi mirada, dada mi propensión hacia las impugnaciones, se fue inmediatamente hacia una voz: “Appello civile”. Inicé a leerla y estaba tan magistralmente escrita, que me pregunté quién sería su autor. Grande fue mi sorpresa cuando advertí que al final de la voz aparecían las iniciales “Pi. C.”. ¿Pi. C.?, me dije, ¡es de Piero Calamandrei! Por lo que, en la consciencia de estar ante una “pieza”, de inmediato saqué una fotocopia.

Y es que realmente esa voz es –como todo lo que escribiera Calamandrei– una auténtica joya, que en pocas líneas sintetiza la historia de la milenaria apelación (párrafos 1 a 5), su justificación lógica (párrafos 6 a 8), su conexión con el ordenamiento judicial (párrafos 9 a 11), su encuadramiento como impugnación ordinaria (párrafos 12 a 14), sus efectos (párrafo 15), las condiciones para tener “derecho de apelación” (párrafos 16-17), su procedimiento (párrafos 18 a 20), su objeto (párrafos 21 a 27) y, finalmente, como no podía faltar, su futuro (párrafo 28).

La voz, es bueno precisar, fue escrita por Calamandrei, estando vigente el CPC italiano de 1865 (a estar a la bibliografía que cita, entre

1928 y 1929, pues el volumen se publica en 1929), lo que en cierta medida explica que haya pasado (al menos en Iberoamérica) desapercibida.

Sin embargo, esta pieza calamandreiana no merece quedar inadvertida, en particular si tenemos en cuenta que en ella no se encuentra ni raya del ataque “iconoclasta” que le dirigiera a la apelación, en 1969, su discípulo Mauro Cappelletti, sino más bien, el considerarla como una “reconocida garantía de justicia”, por lo que no vislumbraba (ni ciertamente auspiciaba) su abolición.

De allí que, a fin de contribuir a que esta página calamandreiana salga de su olvido, en ocasión de la celebración de los sesenta años de la muerte del maestro florentino, me ha parecido oportuno publicar la traducción de la voz (una traducción originalmente hecha para mis alumnos de la Maestría), junto con aquella de actualización que el propio Calamandrei escribiera, siempre para la *Enciclopedia Italiana*, en 1948, esto es estando ya vigente el CPC italiano de 1940 y su reforma por Decreto en 1948 (reforma, luego, confirmada por ley en 1950).

Cabe advertir que ambas voces son consultables (libremente) *on line* en la página web del Istituto Treccani (www.treccani.it) y que en el texto traducido he colocado entre corchetes algunas palabras y frases (como la puesta en epígrafe) en italiano a fin de que no se pierdan en la traducción.

Eugenia Ariano Deho

Apelación civil

Piero Calamandrei

Traducción libre de la voz “Appello civile”. En *Enciclopedia italiana*. Volumen III. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1929, pp. 729-733 (reproducido en *Opere giuridiche*. Volumen VIII. Napoli: Morano, 1979, pp. 442-455).

En el período del *ordo iudiciorum*, la *appellatio* es el medio para invocar, no en contra de la sentencia del juez sino en contra del decreto del magistrado *in iure*, con la finalidad puramente

negativa de paralizar sus efectos, la *intercessio* de una *par maior-ve potestas*; sólo en el proceso *extra ordinem*, tras la transformación en sentido burocrático que se operó con el Imperio también en la administración de la justicia, la *appellatio* asume el carácter de un recurso jerárquico llevado al funcionario superior (en origen inmediatamente al emperador), en contra de la decisión del funcionario inferior, con la finalidad de obtener en su lugar una decisión más favorable: con la posibilidad de renovar tal recurso más de una vez, subiendo uno a uno los grados de la jerarquía hasta llevar a la suprema *auditoria principis*.

La *appellatio* romana, pese a ser una reclamación en contra de la injusticia de la sentencia apelada (*iniquitatis sententiae querellam*, la llama Ulpiano, Dig., IV, 4, *de minoribus*, 17), no tiene el carácter de un ataque personal en contra del primer juez, como está demostrado, sobre todo, por la facultad que tienen las partes (al menos en el derecho postclásico) de someter al juez de apelación, en la nueva sustanciación de la controversia que tiene lugar ante aquél, nuevos elementos de juicio (el *ius novorum*) cuyo descuido no es imputable al primer juez, porque los ignoraba; con ello la *appellatio* romana se diferencia netamente de la “desaprobación de la sentencia” de los antiguos procesos germánicos (*Urtheilsschelte*: donde la *blasphematio iudicii* de algunas leyes bárbaras y la *faussation de jugement* del derecho feudal francés), la cual, siendo una acusación de haber mal juzgado dirigida personalmente en contra del *Urtheiler*, antes que la sentencia “encontrada” por éste fuera proclamada por el *Richter*, daba origen a una nueva controversia entre el *Urtheiler* y el atacante.

En el derecho estatutario y en el derecho común la apelación conserva en sus grandes líneas la impronta romana: en la maraña de jurisdicciones y en la consecuente incertidumbre de competencias que distingue el período intermedio, se nota en las legislaciones una común tendencia a limitar el número de apelaciones, prescribiendo que la conformidad de dos o de tres sentencias dadas en la misma causa por dos o tres jueces de distinto

grado (principio de la *doble conforme* o, en otras legislaciones, de la *triple conforme*) excluya cualquier ulterior apelación; y además a instituir específicas magistraturas permanentes en apelación, casi siempre en varios grados, culminantes en un supremo tribunal de *última instancia* (de *tercera instancia*, en su forma más simple), instituido ante el soberano.

Una ulterior simplificación en el ordenamiento de las magistraturas de apelación es introducida por la Revolución francesa, con el principio del doble grado de jurisdicción (*il y aurait deux degrés de jurisdiction en matière civile*; decr. 1 mayo 1790), en fuerza del cual, después del primer juicio, es admitido un único reexamen total (*in facto e in iure*) de la controversia ante un juez superior: las sentencias de los jueces de apelación son, por tanto, inapelables y solo sometidas al parcial control de la Corte de Casación (limitado a la *quaestio iuris* y enderezado a una finalidad distinta de aquella de la apelación: v. CASSAZIONE y CORTE DI CASSAZIONE).

Así en la legislación civil italiana (arts. 465-493 CPC; R. Decreto 31 agosto 1901, n. 413, arts. 50-54; Ley 15 setiembre 1922, n. 1287, que modifica la competencia de los pretores y conciliadores, art. 4) pasa, a través de los códigos de los Estados anteriores a la unificación, la apelación de origen romana, elaborada por la doctrina del derecho común, limitada según el sistema francés del doble grado de jurisdicción: ni mucho se diferencia de este esquema general (alguna divergencia de detalles será evidenciada luego) el instituto análogo acogido por las otras legislaciones procesales del continente europeo.

La justificación lógica de la apelación viene comúnmente encontrada en la posibilidad de error que es ínsita en todo humano juicio, y en la probabilidad de que los errores del primer juez puedan ser corregidos a través de un segundo examen hecho por un juez distinto. ¿Pero quién garantiza que el segundo juez decida mejor que el primero? *Neque enim utique melius pronunti-*

at qui novissimus sententias laturus est (Ulpiano, Dig., XLIX,1, de appellationibus, 1 pr.).

La respuesta a esta duda fue buscada un tiempo en la reiteración de las apelaciones, con la finalidad de obtener aquella conformidad de dos o más sentencias, que parecía garantía de suprema justicia. Pero en el sistema del doble grado la garantía de la conformidad falta, si el juez de apelación decide de manera distinta al primer juez, ni puede ser buscada en ulteriores instancias: queda por explicar, en tal caso, por qué la segunda sentencia deba racionalmente prevalecer sobre la primera no conforme (sistema de la *posterior* prevalente: Carnelutti). La razón de tal prevalencia no está en el vínculo de subordinación jerárquica entre magistrados de distinto grado, inconciliable con el principio moderno de la independencia de los jueces; sino solamente en la menor probabilidad de errores que está ínsita en el juicio de segundo grado, tanto por las mayores garantías ofrecidas por la constitución personal de las magistraturas de apelación (colegialidad, ancianidad, selección, etc.) que hacen de su respuesta más autorizada de aquella de los primeros jueces, como porque es más fácil para el segundo, que puede aprovechar la enseñanza del primer grado y valorar objetivamente los resultados, guardarse de recaer en los mismos errores. El juez de apelación juzga bien, no tanto *pese a que*, sino *porque* el primer juez ha juzgado mal: también el error es, en efecto, una etapa hacia la verdad [*Il giudice di appello giudica bene non tanto benché, quanto perché il primo giudice ha giudicato male: anche l'errore è infatti una tappa verso la verità*]. No vale pues objetar que, si el juez de apelación ofrece mayores garantías de recta sentencia, sería más simple ahorrarse el primer grado y llevar, sin más, la causa a la decisión del segundo: se olvida con ello que la desaparición del primer grado quitaría al juez de apelación todas las ventajas que se derivan de su actual función de control y de reexamen.

Se agregue que cuando en el juicio de apelación está reconocido el *ius novorum*, el segundo grado permite a las partes integrar y perfeccionar su defensa a través la experiencia de las fallas del primer grado: con lo que, sin embargo, se arriesga desplazar el centro de gravedad del proceso del primer al segundo grado (Wach) y de transformar el juicio de primer grado en una especie de introducción, diríamos, casi de prueba general, del juicio de apelación.

El remedio procesal de la apelación encuentra su indispensable complemento en el ordenamiento judicial: el principio del doble grado de jurisdicción no significa solamente que, como regla toda sentencia de primer grado es apelable, sino que significa además que, por encima de cada juez de primer grado, debe ser instituido un juez superior (excepcionalmente se tuvo en Francia por pocos años el sistema de la apelación recíproca entre tribunales del mismo grado; Decr. 16-24 agosto 1790), al cual pueda ser pedido, mediante la apelación, el reexamen de la controversia. De aquí la contraposición entre jueces de *primer grado* (o de *primera instancia*) y jueces de segundo grado (o de *segunda instancia* o de *apelación*).

En lugar de adoptar una jerarquía judicial, teóricamente concebible, compuesta de un único tipo de jueces de primer grado y de un único tipo de jueces de apelación por encima de los primeros, nuestro ordenamiento ha puesto a la apelación en armonía con el sistema de la tripartición *de la competencia de primer grado*. Establecido que la competencia de primer grado corresponde, según el valor de las controversias, a tres distintos tipos de jueces (conciliadores, pretores, tribunales: arts. 70, 71, 84 CPC, modificados por la Ley 15 setiembre 1922, n. 1287; ley sobre el ordenamiento judicial, texto único 30 diciembre 1923, n. 2786, art. 1), se han paralelamente instituido tres distintos jueces de apelación, determinados de manera que para cada juez de primer grado funcione como juez de apelación, en cuanto sea posible, el juez de primer grado competente para las controver-

sias de valor superior; así para los conciliadores son jueces de segundo grado los pretores, y para éstos los tribunales. Por encima de los tribunales, no habiendo otros jueces de primer grado, se han instituido, con funciones de segundo grado, las Cortes de apelación (v. CORTE D'APPELLO): de tal manera, mientras que el conciliador es siempre juez de primer grado, y la corte de apelación es siempre, como regla, juez de segundo grado, en los pretores y en los tribunales a la competencia de primer grado para ciertas controversias se une la competencia de segundo grado para las competencias de valor inferior (arts. 83, 84, n. 2, 87 CPC). Juez de apelación en contra de las sentencias pronunciadas por los pretores y por tribunales sobre controversias individuales de trabajo es la magistratura de trabajo (Real Decreto 26 feb. 1928, n. 471, art. 17); en contra de las sentencias de los tribunales regionales de las aguas públicas se apela al tribunal superior de las aguas públicas (Real Decreto 9 octubre 1919, n. 2161, art. 69). En contra de los laudos arbitrales, se apela al tribunal o a la corte de apelación (art. 29 CPC), o a la magistratura de trabajo en el caso previsto por el art. 3 Real Decreto 26 feb. 1928, n. 471.

La competencia por grado tiene carácter funcional, y por ello es inderogable: no solamente en relación al grado, sino además en relación a la sede del juez de segundo grado (la apelación no puede ser llevada sino al juez de segundo grado en cuya circunscripción está comprendido el juez de primer grado). No está admitida la renuncia preventiva a la apelación (excepciones: art. 28, n. 3, CPC; art. 21 Real Decreto 26 marzo 1911, n. 331), y está prohibido plantear en apelación demandas no planteadas en primer grado (art. 490 CPC), o investir directamente de la decisión al juez de apelación, saltando el primer grado (apelación *omisso medio*, frecuente en el derecho común, excepcionalmente admitido por los arts. 3 ley 15 setiembre 1922, n. 1287; 12 Real Decreto 20 setiembre 1922, n. 1316; Real Decreto 2 diciembre 1923, n. 2595), o de recurrir directamente en casación contra las sentencias de primer grado, saltando el juicio de apelación (como está

admitido, tras la reforma de 1924, por la ZPO alemana, § 566 a, que, por acuerdo entre las partes, permite la *revisio per saltum* bajo el ejemplo del procedimiento inglés de *statement of a special case*).

La apelación junto con la oposición contumacial, constituye el grupo de medios ordinarios para impugnar las sentencias (art. 465 CPC). La distinción adoptada por nuestra ley, entre medios ordinarios y medios extraordinarios, tiene su fundamento racional en la distinta función que estos dos grupos de remedios ejercitan en la formación de la cosa juzgada. Mientras los medios de impugnación extraordinarios parten del concepto (común también a las acciones de impugnación admitidas por el derecho sustancial en contra de los actos jurídicos defectuosos) que también la cosa juzgada ya formada pueda ser rescindida cuando esté afectada por determinados vicios, los medios ordinarios (o medios de gravamen en sentido estricto) se basan en la idea de que, antes de la formación de la cosa juzgada, se pueda proceder a uno o más reexámenes de la controversia, de manera que, entre varias sentencias emanadas en estas diversas fases del mismo proceso, sólo la última pase en cosa juzgada. En el primer caso el derecho a la rescisión de la sentencia viciada existe sólo en cuanto se demuestre la existencia del vicio, de modo que el juez de la impugnación debe en primer lugar examinar si el motivo de impugnación es fundado (*iudicium rescindens*), y sólo en caso afirmativo pasar al reexamen del fondo (*iudicium rescissorium*); en el segundo caso el derecho al reexamen de la controversia existe por el solo hecho que la primera sentencia ha sido pronunciada en una fase del proceso que puede por ley ser seguida, a pedido del perdedor, de una fase ulterior, en la cual el juez de impugnación decide *ex novo* sobre el fondo, como si la sentencia precedente, aunque inmune de vicios, no hubiera sido emanada.

Los medios de impugnación pueden ser agrupados también en base a criterios extrínsecos, distintos de aquél fundamental ahora examinado: así pueden distinguirse según que sean lleva-

dos al mismo juez que ha pronunciado la sentencia, o a un juez distinto (gravámenes de reparación y gravámenes de renovación, en la terminología de Carnelutti). La apelación pertenece a la segunda categoría; aquella es el medio ordinario para pasar del primer al segundo grado de jurisdicción, es decir, para provocar ante el juez superior el reexamen de la controversia ya decidida por el juez de primer grado.

El derecho de apelación no está dado, pues, en cuanto la sentencia apelada sea defectuosa, sino en cuanto la sentencia apelada es de primer grado; aquél no es el derecho de obtener una sentencia más favorable de aquella apelada, sino el derecho de obtener del juez superior una nueva sentencia de fondo (que puede también tener el mismo contenido de la primera). Objeto de la apelación no es la sentencia del primer juez, sino directamente la relación controvertida: e, incluso, si el juez de apelación no le da la razón en fondo al apelante, confirmando (como inexactamente se dice) la sentencia apelada, no niega con ello el derecho de gravamen, el cual, con el pronunciamiento de una nueva sentencia de fondo, es sin duda reconocido y satisfecho. Se entiende así como los motivos de impugnación tengan en la apelación una importancia del todo secundaria: mientras para los medios extraordinarios la infundabilidad de los motivos quiere decir inexistencia del derecho de impugnación, para la apelación la infundabilidad de los motivos puede producir una sentencia de fondo desfavorable al apelante, pero no destruye el derecho de gravamen. El derecho de apelación es negado solamente cuando el juez de segundo grado se rehúsa preliminarmente (porque faltan las condiciones especiales de derecho de apelación; cfr. más adelante) a proceder al reexamen de la controversia.

De la estructura de la apelación la doctrina del derecho común ha puesto a la luz sobre todo dos aspectos: aquellos que también hoy se suelen designar con las expresiones tradicionales de *efecto suspensivo* y *efecto devolutivo* de la apelación.

- a) La sentencia sometida a apelación no pasa en cosa juzgada y, normalmente, no es título ejecutivo: aquella no adquiere los caracteres de la irrevocabilidad y de ejecutividad sino hasta que sea jurídicamente cierto que el perdedor no quiera o no pueda valerse de su derecho de provocar el paso de la controversia al juez superior. Se habla, por esto, de efecto suspensivo de la apelación: para nuestro derecho la expresión es, sin embargo, inexacta porque la suspensión no deriva (como era en el derecho romano y como es hoy en parte en el derecho francés) del efectivo planteamiento de la apelación, sino de la pendencia del plazo para apelar, o, cuando el gravamen haya sido planteado en el plazo, de la pendencia del juicio de apelación (art. 482 CPC). Pero el planteamiento de la apelación no hace caer en la nada la sentencia apelada (como fue sostenido en el derecho común en que se enseñaba que la apelación reponía la controversia *ad terminos litis contestatae*), por cuanto aquella, también después del planteamiento del gravamen, no pierde, cuando éste no lleve al pronunciamiento de una nueva sentencia de fondo, la posibilidad de pasar en cosa juzgada. La doctrina está dividida al definir la condición jurídica de la sentencia sujeta a gravamen: algunos la consideran como sujeta a condición legal resolutive (Mortara), otros como sujeta a condición legal suspensiva (Vassalli), otros más una mera situación jurídica, que puede convertirse en una sentencia solo con el sobrevenir de posteriores elementos (Chiovenda).

En casos taxativamente establecidos por la ley (art. 363 CPC), la sentencia sujeta a apelación, pese a no tener la autoridad de cosa juzgada, puede por el mismo juez de primer grado ser acompañada de la cláusula de ejecución *provisional*: la cual da derecho a la parte ganadora en primer grado de proceder a la ejecución forzada, mientras está aún abierto el juicio de apelación. La ejecución provisional,

demandada en primer grado y no concedida, puede ser pedida en vía incidental al juez de apelación (art. 483 CPC); al cual, por otro lado, la parte a cuyo daño la ejecución provisional haya sido ordenada fuera de los casos indicados por la ley, puede pedir la suspensión [*inibitoria*] (art. 484 CPC; art. 53 Real Decreto 31 agosto 1901, n. 413).

- b) Se habla de efecto devolutivo para indicar que la interposición de la apelación hace pasar al juez de segundo grado la cognición plena e inmediata de la controversia ya decidida por el primer juez: ello corresponde a la naturaleza del juicio de apelación, que es, como se ha dicho, un reexamen del fondo, no un *iudicium rescindens* sobre la existencia de los motivos de impugnación.

Para que se tenga derecho de apelación se precisan las siguientes condiciones especiales (entre las cuales, por las razones ya dichas, no está la fundabilidad de los motivos de apelación):

- a) *Sentencia apelable.*— Para el art. 481 CPC son apelables todas las sentencias de primer grado, definitivas o interlocutorias, salvo que la ley las haya declarado inapelables por la exigüidad del valor, o por la naturaleza del procedimiento, o porque emitidas en único grado por un juez que no tiene un segundo grado por encima de él, o por otras razones (cfr. ley 15 set. 1922, n. 1287, art.1, último párrafo; Real Decreto 26 feb. 1928, n. 471, art. 17; arts. 655, 702, 738 CPC; art. 913 C. Com.; arts. 128, 257 CPC; Real Decreto 2 dic. 1923, n. 2595; art. 88 Real Decreto 1 julio 1926, n. 1130; art. 941 CPC, etc.). Son apelables también las sentencias contumaciales (art. 467; art. 481 CPC). La apelabilidad de las interlocutorias contradice los principios del proceso romano, seguidos por las más modernas legislaciones procesales (cfr. art. 485 CPP, y Real Decreto 26 feb. 1928, n. 471, art. 17, según el cual las interlocutorias son apelables

solamente junto con la sentencia definitiva, conforme al § 519 ZPO alemana y § 462 ZPO austriaca).

- b) *Legitimación para apelar.* – El derecho de apelación corresponde solo a quien fue parte en el primer juicio (comprendido el sustituto procesal y el interviniente), no a los terceros (diversamente en el derecho romano común). Excepciones a este principio: arts. 841 y 842 CPC; art. 23 ley 24 mayo 1903, n. 197, sobre el concordato preventivo. En caso de pluralidad de partes vencidas en primer grado y por tanto interesadas para apelar, cfr. arts. 470 y 471 CPC; en caso de pluralidad de partes ganadoras, cfr., para la legitimación pasiva, el art. 469 CPC (integración del juicio).
- c) *Vencimiento.* – Condición del derecho de apelación es que el apelante se sienta gravado por la sentencia en contra de la cual apela: en caso de vencimiento recíproco, cada parte puede apelar contra los extremos [*capî*] de la sentencia que no le han dado la razón.
- d) *Término para apelar.* - El derecho de apelación puede ser ejercitado antes del inicio, pero no más allá del vencimiento del plazo perentorio (art. 466 CPC), que corre desde la notificación de la sentencia (art. 467 CPC), que se hace a instancia de parte (diversamente para el art. 102 Real Decreto 9 oct. 1919, n. 2161). El plazo de apelación dura treinta días (art. 485 CPC modificado por el art. 4 ley 15 set.1922), si no es establecida para casos especiales una duración menor (quince días por los arts. 656 y 703 CPC, art. 17 Real Decreto 26 feb. 1928; diez días por el art. 2 ley 28 julio 1895, n. 455, sobre los conciliadores, etc.). Pueden ser planteadas también luego de vencido el plazo: la apelación incidental (art. 485 último párrafo) y la apelación por adhesión (art. 488).

El derecho de apelación se pierde por renuncia explícita, o implícita derivada de aceptación expresa o tácita de la sentencia de primer grado (art. 465, último párrafo, CPC).

La apelación *principal* (contrapuesta a la apelación incidental y adhesiva) se plantea al juez *ad quem* (diversamente en la ZPO austriaca § 465 en la cual es planteada al juez *a quo*, como ocurría en el proceso romano: cfr. art. 129 CPP), con acto de citación (art. 486 CPC) o, en algunos procedimientos especiales, con recurso (Real Decreto 9 oct. 1919, n. 2161, art. 102; Real Decreto 10 julio 1926, n. 1130, art. 74; Real Decreto 26 feb. 1928, n. 471, art. 17).

En el juicio de apelación se sigue el mismo procedimiento de los juicios de primera instancia (Real Decreto 31 agosto 1901, n. 413, art. 50 ss.). Especiales disposiciones conciernen a la apelación *incidental* (gravamen reconvenional, con el cual el apelado, sobre los extremos en los que ha quedado vencido, apela a su vez contra el apelante principal) y la apelación *adhesiva* (gravamen del litisconsorte que tiene interés común a la estimación de la apelación principal), los cuales se plantean con por escrito en la primera audiencia en que se sustancia la causa (arts. 485 y 488 CPC; 54 Real Decreto 31 agosto 1901, n. 413). Sobre los efectos de la ineficacia de la apelación principal, o de su renuncia, sobre la apelación incidental, cfr. art. 487 último párrafo.

Consecuencias particularmente rigurosas tiene la contumacia del apelante: la cual da origen al *rechazo de la apelación sin examen* (art. 489 CPC; art. 51 Real Decreto 31 agosto 1901, n. 413), que se puede considerar o como un caso excepcional de vencimiento en fondo basado sobre el solo hecho de la contumacia (Chiovenda), o como una preclusión del derecho de apelación, con consecuente paso en cosa juzgada de la sentencia de primer grado. Para la intervención en el juicio de apelación, cfr. art. 491 CPC.

Objeto del juicio de apelación no es, como en el juicio de casación, el derecho de impugnación, sino inmediatamente la relación controvertida (efecto devolutivo) el cual, por el principio del doble grado, debe ser la misma relación ya decidida por el primer juez; de otra manera, faltaría al juicio de apelación la justificación racional ya evidenciada, derivada de la reiteración del examen sobre la misma controversia. De allí la prohibición, cuya transgresión es apreciable de oficio, de plantear nuevas demandas en apelación, también en forma reconventional, y de variar los elementos de la demanda inicial (art. 490 CPC: disposición entendida con una cierta amplitud por la jurisprudencia, especialmente en cuanto a la variación en apelación de la *causa petendi*).

La controversia ya decidida en primer grado pasa entera a la cognición del juez de segundo grado solamente en cuanto la apelación abarque la entera sentencia de primer grado: si ésta tiene varios extremos, y la apelación se dirige solo contra alguno de estos, sobre los otros se forma cosa juzgada (art. 486 último párrafo), y la cognición del juez de apelación se restringe solo a los extremos impugnados (*tantum devolutum quantum appellatum*); los extremos favorables al apelante, no investidos por su gravamen, pueden ser retomados en examen por el juez solo cuando haya apelación incidental por parte del apelado. Del principio que el efecto devolutivo de la apelación opera en los límites de la iniciativa de las partes, la cual, a su vez, opera dentro de los límites del vencimiento, la doctrina tradicionalmente infiere (no sin algún reciente disenso: Delitala) la consecuencia de que, en ausencia de apelación incidental, la sentencia de segundo grado no puede, en ningún caso, ser más desfavorable al apelante de la sentencia de primer grado (prohibición de la *reformatio in peius*).

Dentro de estos límites objetivos, el juicio de apelación no se limita, como ocurre en el derecho austriaco (ZPO § 462) y como ocurría en el derecho común alemán, a un reexamen de los materiales instructorios ya recogidos en primera instancia (*revisio prioris instantiae*); en nuestro derecho la apelación da origen a

un *novum iudicium*, en el que se reabre no solo la fase decisoria, sino además la fase instructoria, con ilimitada facultad de las partes de plantear nuevas excepciones y nuevas pruebas (*ius novorum*, art. 490 CPC, último párrafo), y, por tanto, si bien dentro de los límites de la demanda inicial, se traten cuestiones de derecho y de hecho no tratadas en primer grado. Esta reapertura de la instrucción no debe, sin embargo, hacer creer que como consecuencia de la apelación el juicio de primer grado caiga sin más en la nada, de forma que el proceso se pueda recomenzar *ex novo*: si en primer grado, al momento del cierre de la discusión, se habían verificado preclusiones y se habían recogido pruebas, estas valen también en el juicio de apelación, el cual no puede ser considerado, como ha sido dicho, cual un «segundo primer grado», sino como la «prosecución del procedimiento de primer grado retomado en la condición en el que se encontraba antes del cierre de la discusión» (Chiovenda). Del principio de que la apelación traslada [*devolve*] al juez superior la plena cognición de la controversia, y que, por tanto, aquél es, dentro de los límites arriba expuestos, un *beneficium commune* de ambas partes, se infiere (pero, en la práctica es materia bastante debatida) que en segundo grado se consideran implícitamente replanteadas a favor del apelado, sin necesidad de apelación incidental, todas las excepciones y cuestiones deducidas en primer grado, siempre que se trate de cuestiones de hecho, se produzcan en apelación los actos o documentos sobre las que se basan (cfr., para casos especiales, art. 239 Reglamento general judicial; art. 52 Real Decreto 31 agosto 1901, n. 413).

Lo que se ha dicho hasta ahora da razón a la calificación de remedio general tradicionalmente atribuida a la apelación (*verbum appello est generale*): en el *novum iudicium* que se desarrolla en segundo grado, el juez de apelación no solo puede corregir los errores *in iudicando*, de derecho o de hecho, del primer juez, no solo reparar los errores *in procedendo* producidos en la primera fase, sino además tomar en examen, dentro de los límites del gra-

vamen, cuestiones jurídicas y elementos de hecho no deducidos en primera instancia. Dada esta latitud de los poderes del juez de apelación, el principio del doble grado de jurisdicción debe ser entendido no en el sentido de doble pronunciamiento sobre cuestiones idénticas, y tampoco en el sentido de doble pronunciamiento de fondo, sino en el sentido de doble invitación a conocer de la misma demanda (Zanzucchi).

Las razones por las cuales hay que descartar la primera fórmula resultan ya de lo que se ha dicho arriba, sobre la facultad que tiene el juez de apelación de conocer cuestiones no planteadas en primer grado; pero también la segunda fórmula es insuficiente frente a los arts. 492-493 del CPC. Si, en efecto, la exigencia del doble pronunciamiento en fondo es respetada en los casos en los que el juez de apelación, confirmando o reformando una sentencia interlocutoria o incidental, remita la causa para el curso ulterior al juez de primer grado (art. 492), o haga esto tras haber reformado una sentencia definitiva y haber ordenado ulteriores actos de instrucción (art. 492), doble pronunciamiento en fondo puede no tenerse en los otros casos contemplados por este artículo, y especialmente en el caso en el que el juez de apelación reforme una sentencia interlocutoria o incidental y al mismo tiempo decida definitivamente, sin reenvío, el fondo de la causa. El principio del doble grado, entendido como doble pronunciamiento en fondo, está salvado también por el art. 493 según el cual: a) cuando en primera instancia se haya pronunciado solo sobre la competencia (o, dicen los intérpretes, sobre otro presupuesto procesal), también en apelación se pronuncia solo sobre ésta; b) cuando en apelación se anule la sentencia del primer juez por incompetencia, no puede el juez de apelación conocer el fondo (en cuyo caso la apelación, a lo que se presta por su carácter general, ejercita la función de una verdadera *querela nullitatis*).

Pero esta segunda regla, que lógicamente debería extenderse, como la primera, a todos los casos en los que en apelación se reconozca la nulidad del primer juicio, considerando que, si el

procedimiento de primer grado es anulado, el primer grado de jurisdicción viene a faltar, viene interpretada restrictivamente sobre todo por la jurisprudencia, y limitada, según la letra de la ley, al solo caso de incompetencia; de forma que en cualquier otro caso en el que el juez de apelación reconozca la nulidad de la relación procesal de primer grado, el mismo juez de apelación tendría el deber de decidir sobre el fondo. Con lo que se resucita una de las formas que en el derecho común podía asumir la querrela de nulidad, de la cual se decía que *devolvit negotium ad cognitionem iudicis superioris ad instar appellationis* (Vantius); pero se viene a herir lógicamente el principio del doble grado.

Si la sentencia de segundo grado (impugnable, según los casos, con la oposición contumacial, art. 474; con la revocación, art. 494; con la oposición de tercero, arts. 510 y 512; con el recurso de casación, art. 517 CPC) decide interlocutoria o definitivamente el fondo, la sentencia de primer grado pierde la posibilidad de pasar en cosa juzgada; pero puede ser que la sentencia de segundo grado se limite a declarar la inadmisibilidad de la apelación o la irregular constitución del juicio de segundo grado; en cuyo caso (salvo la posibilidad de replantear el gravamen, si el plazo no ha vencido aún) la sentencia de primer grado pasa en cosa juzgada. Lo mismo ocurre, si el juicio de apelación perece (art. 341 CPC), o si el apelante renuncia a la apelación (art. 345 CPC; cfr., sin embargo, art. 487 último párrafo), antes de que el juicio de segundo grado se haya pronunciado otra sentencia.

El instituto de la apelación, tal como está regulado actualmente por la legislación italiana, no está destinado a ser profundamente reformado en un futuro próximo: todos los recientes proyectos de reforma de nuestro proceso civil se han, en efecto, limitado a proponer la prohibición de la impugnación aislada de las interlocutorias y alguna modificación en el modo de plantear el gravamen; pero por lo demás han mantenido intactas las grandes líneas del instituto, sobre todo en que se refiera al *ius novorum* en segunda instancia. Si la historia de la apelación parece

marcar en los dos últimos siglos una lenta pero constante tendencia a su progresiva reducción (no solo en el limitar el número de las apelaciones, sino también en el restringir el ámbito del único juicio de apelación), no parece previsible que esta tendencia pueda llegar hasta la abolición del instituto, el cual en todas las legislaciones procesales se mantiene como reconocida garantía de justicia. Es significativo que, mientras en uno de los proyectos que prepararon la legislación procesal alemana de 1879 (*erster Entwurf der civ. proz. ord.*, 1871) se había llegado a proponer incluso la abolición de la apelación, considerada inconciliable con el sistema de la oralidad, y su sustitución con una *revisio in iure* de segundo grado, hoy se delinea en la misma Austria y sobre todo en Checoslovachia, en donde está vigente el proceso oral, un movimiento para transformar la apelación limitada, que no admite el *ius novorum*, en una apelación total (*volle Berufung*), en el cual la facultad de las partes de deducir en segundo grado nuevas pruebas y nuevas defensas esté solamente atemperada, como es actualmente en Alemania (§ 529 ZPO, en la nueva fórmula en vigor desde 1924) por el poder del juez de no tener en cuenta aquellas deducciones voluntaria o culposamente tardías (en este sentido también el art. 349 del proyecto italiano 1926).

Bibl.: Amplia bibliografía sobre la apelación, y en general sobre los medios de impugnación en L. Mortara, *Appello civile*, en *Digesto italiano*, III, Torino 1890, parte 2ª, p. 380 ss.; P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Torino 1920 (especialmente al inicio de los varios capítulos del primer volumen y al inicio del segundo volumen). Trabajos monográficos recientes sobre la apelación civil en el derecho italiano son (además de lo dicho en los tratados y comentarios generales: cfr. especialmente G. Chiovenda, *Principii di dir. proc. civile*, 4ª ed., Napoli 1928, p. 84; F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova 1925, n. 309 ss.); M. T. Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Modena 1915; G. Delitala, *Il divieto della reformatio in peius*, Milano 1927.

Para la historia de la apelación y para la legislación comparada, indicaciones bibliográficas en los trabajos arriba indicados de Mortara y de Calamandrei; a las cuales se puede agregar, para el período más reciente: G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, I, Milano 1925, p. 333 ss.; II, *ibidem* 1927, p. 555 ss.; M. Pagenstecher, *Die Berufung im neuen Zivilprozessrecht*,

Mannheim 1924 (para el derecho germánico); F. Kleine, F. Engel, *Der Zivilprozess Österreichs*, Mannheim 1927, p. 403 ss. (para el derecho austriaco); A. Heusler, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim 1923, p. 167 ss. (para el derecho suizo); R. A. Wrede, *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands*, Mannheim 1924, p. 271 ss. (para el derecho sueco y finlandés).

Apéndice

Traducción libre de «Appello civile». En *Enciclopedia italiana*. Apéndice II. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1948 (reproducido en *Opere giuridiche*. Vol. VIII. Napoli: Morano, 1979, pp. 452-455).

El Código italiano de procedimiento civil 1942 ha introducido en la disciplina de la apelación notables innovaciones (arts. 323-338 *Delle impugnazioni in generale*, y artículos 339-359 *Dell'Appello*; disposiciones de actuación y transitorias, arts. 128-132 y arts. 206-214; Relación ministerial § 30) que, si bien sin alterar la tradicional función, han restringido los límites, siguiendo la tendencia de acelerar el andamio del proceso y a restituir importancia al juicio de primer grado obstaculizando el abuso de las impugnaciones, para llegar más expeditamente a la formación de la cosa juzgada. El Decreto ley 5 mayo 1948, n. 483, que contiene modificaciones y agregados al Código de procedimiento civil, marca, sin embargo, un parcial retorno al pasado (arts. 24-29).

Abolida la distinción, acogida por el art. 465 del viejo código, entre medios de impugnación ordinarios y extraordinarios (la cual, sin embargo, no ha perdido, bajo ciertos aspectos teóricos, su justificación racional), el código 1942 ha implícitamente acogido (art. 324) un criterio práctico y externo, distinguiendo los medios de impugnación planteables dentro de un breve plazo que corre desde la notificación de la sentencia, los cuales impiden – hasta cuando no se hayan agotado – el paso de ésta en cosa juzgada formal, de los medios de impugnación planteables sucesivamente contra la cosa juzgada. La apelación pertenece al primer

grupo, junto con el recurso de casación y con la revocación fundada en los motivos indicados en los ns. 4 y 5 del art. 395 (y con la regulación de competencia en los casos en que funciona como medio de impugnación).

La apelación continúa siendo un remedio general, que puede llevar a un reexamen pleno de la controversia, *in iure e in facto*, por *errores in iudicando* y por *errores in procedendo* (en función de querrela de nulidad: art. 354). Pero mientras bajo la vieja doctrina se podía decir sin reservas que la apelación daba siempre lugar a un *novum iudicium*, con implícito y automático replanteamiento de todas las demandas y excepciones ya planteadas por las partes en primer grado (efecto devolutivo), y además con posibilidad dejada a las partes de introducir en apelación, con nuevas deducciones y nuevas pruebas, cuestiones de derecho y elementos de hecho no conocidos por el juez de primer grado (*ius novorum*, art. 490 viejo CPC), el código 1942 ha modificado esta figura tradicional al prescribir que el acto de apelación deba enunciar los motivos específicos de la impugnación (art. 342), con la abolición del efecto devolutivo implícito (art. 346) y, sobre todo, con la abolición del *ius novorum*, prohibiendo a las partes – cuando no existan graves motivos determinados por el juez– de plantear en apelación nuevas excepciones, producir documentos o pedir la admisión de medios de prueba (art. 345; puede, sin embargo, deferirse siempre, también en apelación, el juramento decisorio). Esta última disposición ha sido, sin embargo, abolida por el art. 25 del Decreto ley 5 mayo 1948, que ha restablecido en apelación el *ius novorum*, con la sola limitación de que la tardanza de las deducciones puede tener consecuencias sobre las costas del juicio.

La abolición del *ius novorum*, introducida en el código 1942 en contra de la unánime opinión de la doctrina y de los prácticos, debía ser puesta en relación con aquél sistema de rígidas preclusiones (art. 183, 184, 189, 190) con el cual el nuevo proceso había buscado revalorar el juicio de primer grado, acostumbrando a las

partes a descubrir desde el principio todos los elementos defensivos de los que disponen y a no mantener en reserva las razones más decisivas para el juicio de apelación.

Pero, pese a estas modificaciones, también bajo el código de 1942 la apelación no había perdido del todo su carácter, correspondiente a la tradición romana, de renovación del juicio (*novum iudicium*) para transformarse, como se había dicho en la relación ministerial, en un simple medio de crítica y de control de la sentencia de primer grado (*revisio prioris instantiae*). La específica indicación de los motivos de impugnación prescrita por el art. 342 no tenía en el juicio de apelación el valor de un *iudicium rescindens* (como aquél de casación o de revocación), en el cual objeto de indagación fuera solo la sentencia impugnada, para ver si ella estuviera viciada por los errores denunciados. En apelación, objeto del juicio era siempre, inmediata y directamente, el fondo de la controversia, no la sentencia apelada y la indicación de los motivos –prescrita en el acto de apelación en armonía con la mayor precisión y completitud que el código 1942 exige en todo acto de citación (art. 163)- servía únicamente para determinar dentro de cuáles límites el juez de apelación era invitado a renovar el examen del fondo de la controversia. Por otro lado, puesto que había siempre la posibilidad de que el juez reconociera la existencia de graves motivos que justificaran nuevas deducciones o nuevas pruebas, no se puede decir tampoco que la prohibición del *ius novorum* hubiera profundamente alterado la figura tradicional de esta impugnación, que, en todo caso, se ha plenamente restituido por el Decreto ley de 1948.

Numerosas son en el nuevo código las disposiciones innovadoras de carácter particular: recordamos solo algunas que mayormente se alejan de las normas del viejo código (alguna de las cuales abolidas o modificadas por el Decreto ley de 1948).

- a) *Sentencias apelables* (art. 339).– Desaparecidas del nuevo proceso las sentencias interlocutorias (para todas las reso-

luciones instructorias ha sido adoptada la forma del auto [ordinanza]: arts. 134, 179), inmediatamente apelables eran, para el código de 1942, solamente las sentencias *definitivas*; las *parciales* (art. 279) podían ser impugnadas solamente junto con la definitiva (art. 339) siempre que la parte hubiera hecho expresa reserva (art. 340); se evitaba de esta manera el inconveniente de la ramificación de las apelaciones nacidas todas del mismo tronco, que se verificaba bajo el viejo código por causa de la apelabilidad separada de las interlocutorias. El Decreto ley de 1948 ha restablecido la separada apelabilidad de las sentencias parciales; pero aquellas que deciden cuestiones relativas a la instrucción de la causa son apelables, como regla, solamente junto con la definitiva (art. 24 del indicado Decreto ley). La sentencia que se pronuncia sobre la competencia sin decidir el fondo puede ser impugnada solamente con instancia de regulación de competencia (art. 42); si pronuncia también sobre el fondo, la parte interesada puede escoger entre la regulación de competencia y la apelación (art. 43). Es inapelable la sentencia que el juez de primer grado ha pronunciado según equidad (art. 114). La sentencia apelable del tribunal puede ser impugnada directamente por casación si las partes están de acuerdo para saltar la apelación (art. 360, penúltimo párrafo; art. 336, último párrafo).

- b) *Plazo para apelar* (art. 325, cfr. art. 358). – Es de diez días en contra de las sentencias de los conciliadores, de treinta en contra de aquellas de los pretores y tribunales que empieza a correr desde la notificación (art. 326); pero – notable innovación- independientemente de la notificación, el derecho de apelar, se extingue por caducidad, transcurrido un año de la publicación de la sentencia (art. 327).
- c) *Pluralidad de partes en el juicio de apelación* (arts. 331-335). – Con la finalidad de evitar que el proceso único desarrollado entre varias partes en la fase de primer grado se

divida en apelación en varias ramificaciones separadas, un riguroso sistema basado en la distinción entre causas inescindibles (art. 331) y causas escindibles (art. 332; cfr. último párrafo art. 326), lleva en todos los casos a reunir en un solo proceso, bajo pena de inadmisibilidad o de caducidad, todas las impugnaciones, principales o incidentales, planteadas o planteables en contra de la misma sentencia (la terminología del nuevo código no hace distinción entre apelación adhesiva y apelación incidental).

- d) *Procedimiento de apelación* (arts. 347-357). - El juicio de apelación, de conformidad con aquel de primer grado (art. 359), se distingue en dos fases: la ordenatoria e instructoria ante el instructor (arts. 349-350) y la decisoria ante el colegio (art. 352); los autos del instructor (art. 350) son reclamables ante el colegio (art. 357; cfr. arts. 27, 28, 29 del Decreto ley 1948).

Bibliografía: T. Carnacini, *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, Padova 1937; P. D'Onofrio, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Padova 1941, p. 305 ss.; F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, 3ª ed., Roma 1942, p. 550 ss.; R. Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione*, parte gen., Padova 1943; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 2ª ed., Napoli 1945, p. 310 ss.; M. T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Milano 1946, p. 193 ss.; S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1948, p. 285 ss.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**