

EN LA BÚSQUEDA DE NUESTRO “MODELO” DE APELACIÓN CIVIL

Eugenia Ariano Deho^(*)

*“Alzada es querella que alguna de las partes faze de
juyzio que fuesse dado contra ella, llamando, e recorriendose a
emienda de mayor juez”*

Ley I, Título XXIII, Partida Tercera

SUMARIO: 1. Los modelos históricos de apelación.— 2. Nuestro “modelo” de apelación entre el Código de 1852 y el CPC de 1912.— 3. El “modelo” de apelación del CPC vigente.— 4. Función de la apelación e “instancia plural”.— 5. La apelación: ¿medio de impugnación?— 6. “Modelos” de organización judicial y “modelos” de apelación.— 7. Reflexiones conclusivas.

1. Los modelos históricos de apelación

La apelación es un instituto que cuenta con muchos siglos a sus espaldas. Surgida en Roma en los primeros tiempos del Imperio como un “*extraordinarium auxilium*” dirigido al *Princeps*, devino con el pasar del tiempo el *medio ordinario* para que quien se sintiera perjudicado por una sentencia reputada como injusta, obtuviera de otro juez un nuevo pronunciamiento sobre la situación ya previamente juzgada y definida por uno precedente.

Tres son las líneas fundamentales de la apelación romana que me interesa evidenciar: *a*) la sentencia apelable debía estar inmune de “vicios de construcción”, es decir, debía ser una sentencia válida, en cuanto para los romanos la sentencia inválida era considerada como nunca pronunciada (*nulla sententia* = “ninguna sentencia”), por lo que no se precisaba contar con ningún medio específico para hacer declarar su inexistencia; *b*) su promoción reabría totalmente el juicio ante el juez de apelación (*novum iudicium*), con posibilidad para las partes de aportar nuevas alegaciones y pruebas no deducidas en la instancia precedente; y, *c*) era posible el planteamiento sucesivo de tantas apelaciones como los niveles de la organización imperial lo permitieran (será recién Justiniano quien reducirá el número de apelaciones a dos)¹.

Estas líneas fundamentales de la apelación se conservaron en el derecho italiano intermedio, pero como el tiempo no pasa en vano, nuevas exigencias sociales (y, en no poco, el influjo del derecho canónico) determinaron: *a*) el surgimiento de un medio específico y (al igual que la apelación) limitado en el tiempo para hacer valer los “defectos de construcción” (que los juristas medievales llamaron *errores in procedendo*): la *querela nullitatis*, enderezada únicamente a la anulación de la sentencia (*iudicium rescindens*) y cuyo no planteamiento a tiempo *subsana*

^(*) Profesora de Derecho Procesal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

¹ Sobre los indicados caracteres de la apelación romana cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, Fratelli Bocca, Torino, 1920, Caps. I-IV.; ORESTANO, *Appello (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 708 y ss.; PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Giuffrè, Milano, 1967. Resultan igualmente interesantes las precisiones de PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, en *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 746-748.

el vicio que pudiera presentar la sentencia²; b) el surgimiento, entre los pueblos germánicos, del “modelo” de *apelación-revisión*, en el que el recurso no promovía un *novum iudicium*, sino solo un control (*in facto et in iure*) sobre la sentencia del anterior juez, con proscripción de todo elemento nuevo³; y c) el surgimiento del principio de la “doble (o triple) conforme”, como metro para limitar el número de apelaciones (y como tal el número de “instancias”)⁴.

Todos estos tres aspectos sufrirán, a su vez, sendas evoluciones en el derecho moderno: la *querela nullitatis* del derecho italiano intermedio terminará siendo fusionada con la apelación en las Ordenanzas reales francesas, dando lugar al fenómeno de la “absorción de la invalidez en la injusticia de la sentencia”⁵ plasmado, luego, en el segundo párrafo del art. 473 del Código

² Sobre la *querela nullitatis* cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., Caps. VIII-XII; SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, II, Hoepli, Milano, 1927, pp. 587-605; PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 43-52.

³ Señala CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., § 69, p. 181 y ss. que “[e]n los derechos alemanes inmediatamente anteriores a la recepción del derecho romano italiano el único remedio contra la sentencia era la *Urteilsschelte*, la cual, evolucionando de su forma originaria, había llegado a ser el recurso al tribunal superior, a fin de que, como la más pura fuente de derecho, aquel encontrara un contenido jurídico más correcto a la sentencia pronunciada por el tribunal inferior (...). Cuando, en virtud de la recepción del derecho romano-italiano, al instituto germánico de la *Urteilsschelte* se fue sustituyendo, especialmente en los tribunales superiores, el instituto de la apelación, la concepción nacional que los derechos germánicos tenían del remedio contra la sentencia reaccionó sobre la nueva concepción llevada por el derecho extranjero: y la apelación, que originariamente debía conducir a un *novum iudicium* (...) fue construido en cambio en el derecho común alemán como el medio ordinario para provocar del juez superior el re-examen de la sentencia de primer grado. Tal transformación de la apelación se manifestó especialmente en la prohibición de introducir en el juicio de segunda instancia pruebas y deducciones que no hubieran sido sometidas a la cognición del primer juez”.

⁴ El principio de la “doble conforme” es de origen canónico (y se mantiene hasta hoy en el ordenamiento de la Iglesia: v. inc. 1 del canon 1641 del Código de Derecho Canónico) e irradió su influencia sobre la “jurisdicción secular” como “método” para limitar el número de apelaciones posibles. En el derecho histórico español regía el principio de la “triple conforme”. En efecto, señala AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Reus, Madrid, 1982, p. 46 que “[s]e estableció que tres sentencias conformes —lo que suponía que la causa había pasado por dos instancias de apelación— tenían fuerza de cosa juzgada: «porque tenemos que el pleito es juzgado e examinado por tres juicios acordados en uno, que es tanto y fecho derecho», como explicará el Espéculo. Las Partidas también establecían que la sentencia confirmada por dos apelaciones sucesivas era insuplicable, norma que se ratifica en una Ordenanzas de 1502 de los Reyes Católicos y pasa a la Recopilación de Castilla”.

⁵ Tal “fusión” —como lo señala LIEBMAN, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, en *Problemi del processo civile*, Morano, Napoli, s/f (pero 1962), p. 511— fue “preparada por la practica italiana”, pero se consumó en Francia “en donde prevaleció el principio «voies de nullité n’ont pas lieu en France» y la querella desapareció: todas las nulidades debían ahora hacerse valer con la impugnación: con la apelación, o, después, precluída o decidida ésta, con dos nuevos medios de impugnación que lentamente fueron adquiriendo su figura definitiva: la *requête civile* y la *demande en cassation*”. El principio “voies de nullité n’ont pas lieu en France”, marca un hito fundamental en la historia de las instituciones procesales en cuanto implica la total y completa superación del principio romano de la inexistencia de la sentencia afectada de vicios procesales. En tal sentido, como lo señala PERROT, *L’effetto devolutivo dell’appello e il diritto di avocazione nel processo civile francese*, en *Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 400 y s., la regla *voies de nullité n’ont lieu contra les jugements* significa que “a diferencia de las convenciones, las sentencias no pueden ser impugnadas por medio de una acción principal de nulidad, ni por medio de excepción, durante un plazo de treinta años; una vez agotadas las impugnaciones previstas y minuciosamente reguladas por la ley para permitir a las decisiones judiciales de adquirir lo más rápidamente posible una autoridad irrevocable, una sentencia no puede ya nunca más ser repuesta en discusión bajo el pretexto de su nulidad”.

napoleónico de 1806⁶; el modelo germánico de la *apelación-revisión* encontrará su más concreta plasmación en el Reglamento Judicial (AGO) austriaco de 1781⁷, el que re-consagrado en la famosa ZPO austriaca de 1895⁸, irradiará su influencia sobre no pocas codificaciones europeas sucesivas; el principio de la doble (o triple) conforme sufrirá el embate de la legislación revolucionaria francesa con la introducción, en 1790, del principio del “doble grado de jurisdicción” (*deux degrés de juridiction*)⁹, hasta casi desaparecer en los ordenamientos procesales actuales¹⁰.

⁶ Disponía el art. 473 del CPC napoleónico de 1806 que “*Si, aunque habiéndose interpuesto apelación de una sentencia interlocutoria, la sentencia sea revocada, y la causa esté en estado de ser decidida definitivamente, las cortes y los otros tribunales de apelación pueden juzgar simultáneamente sobre el fondo con una misma sentencia. // La misma disposición tiene lugar cuando las cortes u otros tribunales de apelación revocaran las sentencias definitivas, o por defecto de formas, o por cualquier otro motivo*” (cfr. en PICARDI-GIULIANI (al cuidado de), *Testi e documenti per la storia del processo. V. I Codici Napoleonici. Codice di procedura civile, 1806*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 103). La redacción del art. 473 del CPC francés de 1806 fue modificado por ley del 23 de mayo de 1942, pero manteniendo su sustancia: el juez de apelación en caso de anulación de la sentencia apelada, debía retener la causa y pronunciarse sobre el fondo. Sin embargo, la doctrina discutía si ello era consecuencia del efecto devolutivo de la apelación (como lo sostenía la jurisprudencia de la Corte de Casación) o del poder de avocación del juez de apelación (como lo sostenía parte de la doctrina). Sobre el punto cfr. PERROT, *L'effetto devolutivo dell'appello e il diritto di avocazione nel processo civile francese*, cit., p. 391 y ss., especialmente p. 394 y ss.

⁷ Así disponía el § 257 de la AGO austriaca de 1781 que: “*En la petición de apelación no será lícito alegar otras circunstancias de hecho, ni Pruebas además de aquellas, en vista de las cuales habrá sido proferida la Sentencia en primera Instancia; en caso de contravención no se podrán tener en cuenta las novedades*” (cfr. en PICARDI-GIULIANI (al cuidado de), *Testi e documenti per la storia del processo. IV. Regolamento giudiziario di Giuseppe II. 1781*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 258).

⁸ En el § 482 de la ZPO de 1895, disposición que según KÖNIG, *La giustizia civile in Austria*, en FAZZALARI (al cuidado de), *La giustizia civile nei paesi comunitari*, II, Cedam, Padova, 1996, p. 21, contiene “una de las principales peculiaridades de los juicios de impugnación” austriacos. Señala OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Jovene, Napoli, 1999, p. 115, que “el proceso austriaco presenta una apelación caracterizada, bajo el perfil funcional, como una *revisio* del juicio de primer grado, en el cual el juez examina si «la sentencia impugnada ha sido legítimamente emitida en base al supuesto de hecho sustancial tal como formado y resultante en causa, al momento de la conclusión de la audiencia de sustanciación oral» y en donde, como regla está prohibido no solo el planteamiento de nuevas demandas (o la simple modificación de aquellas ya planteadas), sino también nuevas excepciones y nuevos medios de prueba” (la frase que se encuentra entrecorrida en el texto citado pertenece a FASCHING).

⁹ En efecto, en mayo de 1790, los revolucionarios franceses en el dilema entre mantener la pluralidad de grados de jurisdicción (a activarse con sucesivas apelaciones) o la abolición total de la apelación, adoptaron una fórmula intermedia: la del “doble grado de jurisdicción” (así, el decreto del 1 de mayo 1790, “*il y aurait deux degrés de juridiction en matière civile*”), en fuerza del cual tras el primer juicio, se admitió un único reexamen total (*in facto e in iure*) de la controversia ante otro juez, cuya sentencia era ya inapelable. Es así que frente las largas y seculares disputas sobre cuál debía ser el idóneo número de “instancias” que aseguraran la “justicia” de la decisión, se cortó por lo sano: dos son suficientes, conformes o no. El doble grado será luego confirmado en la Ley del 24 de agosto de 1790, al rediseñar toda la organización judicial francesa. Sobre los términos de la disputa en el seno de la Asamblea nacional francesa cfr. MATTIROLLO, *Trattato di diritto giudiziario italiano*, 5ª ed., IV, Fratelli Bocca, Torino, 1904, p. 407 y ss. (§§ 451-454). Tal como lo señala BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Cacucci, Bari, 2007, p. 357 el principio del doble grado de jurisdicción fue acuñado “por obra del Asamblea Constituyente francesa post-revolucionaria, como mera locución destinada a sintetizar la elección a favor de la conservación de una sola apelación”.

¹⁰ Sobre cómo el principio de la “doble conforme” —pese a su supresión— haya seguido gravitando en la mente de los juristas y políticos italianos del S. XIX (y, cómo no, en los del Siglo pasado), cfr. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, I, Giappichelli, Torino, 2005, p. 117 y ss.

De allí que bajo el nombre de “apelación” en los ordenamientos procesales contemporáneos no necesariamente se encontrará ese plurisecular mecanismo enderezado a “renovar” íntegramente el juicio ante un juez distinto al primero (o sea, el modelo romano de la apelación-*novum iudicium* o, como lo llaman los juristas de lengua alemana, *volle Berufung*, es decir “apelación plena”¹¹), sino que también podremos encontrar una apelación como medio para provocar una “revisión” crítica de la primera sentencia y, como tal, cerrada a todo elemento nuevo (el modelo austriaco de la *beschränkte Berufung* —apelación “limitada”— o *revisio prioris instantiae*)¹². Igualmente, sea cual fuere el modelo predominante, podremos también encontrar una apelación enderezada a servir de medio para hacer valer los “defectos de construcción” de la decisión (o sea los vicios procesales), con efectos distintos según si ella se modele como una tradicional “querrela de nulidad” (que provoca un mero *iudicium rescindens* en caso de estimación¹³) o, más bien, también en estos casos, como auténtica apelación, con su consecuente efecto devolutivo, es decir, con la atribución del poder de decidir la controversia al juez de apelación¹⁴.

2. Nuestro “modelo” de apelación entre el Código de 1852 y el CPC de 1912

Ahora bien, ¿cuál es nuestro “modelo” de apelación civil? Antes de dar una respuesta, me parece oportuno recordar el cómo afrontamos las tres líneas fundamentales de la apelación

¹¹ El más evidente modelo de apelación “plena” está contenido en el del CPC francés vigente, en cuyo art. 563 se dispone que: “Para justificar en apelación las pretensiones que hicieron valer en primera instancia, las partes podrán alegar fundamentos nuevos, aportar nuevos documentos o proponer nuevas pruebas”. Además, a las partes les es posible en apelación oponer la compensación, promover el rechazo de las pretensiones de la parte contraria o someter a enjuiciamiento aquellas cuestiones derivadas de la intervención de un tercero o de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 564), formular una nueva fundamentación jurídica a sus pretensiones iniciales (art. 565), hacer explícitas aquellas pretensiones que estaban implícitamente comprendidas en las demandas y en las defensas ejercitadas ante el tribunal de primera instancia, y acumular todas aquellas otras peticiones que les sean accesorias, consecutivas o complementarias (art. 566) e incluso (ni más ni menos...) reconvenir (art. 567).

¹² Cfr. el bello trabajo de PRIETO CASTRO, *Limitaciones de la apelación* (1953), en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 351 y ss., en donde se analizan los pro y los contra de ambos modelos de apelación, con particular referencia a la apelación española conforme venía regulada en la LEC de 1881.

¹³ Claramente en el derecho austriaco, en el cual la apelación (§§ 461-501 ZPO) se puede fundar en la nulidad del proceso o en otras violaciones de normas procesales y en caso de estimarse (por auto) se “repone la causa al juez de primera instancia para la prosecución e integración de la actividad procesal faltante o nula” (así KÖNIG, *La giustizia civile in Austria*, cit., p. 22). En el derecho italiano, la nulidad de la sentencia debe hacerse valer a través de la apelación o del recurso de casación (art. 161), pero en caso de estimación solo se procede a la remisión al primer juez en los casos indicados en los arts. 353 y 354 CPC. Sobre el tema cfr. el siempre bello ensayo de CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, en *Rivista di diritto processuale*, 1951, p. 112 y ss., así como, ampliamente, OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, cit. Para el proceso español, conforme a la LEC 2000, cfr. MONTERO AROCA, *El recurso de apelación*, en *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 303 y ss.

¹⁴ Que es, en sustancia, el “modelo” acogido por CPC francés vigente. En efecto, si bien el art. 542 establece —tal cual nuestro art. 364 CPC— que la apelación “se dirige a conseguir que la Corte de Apelación modifique o anule una resolución dictada por un tribunal de primera instancia”, en virtud del efecto devolutivo (plasmado en el art. 561: “A través de la apelación se remite el asunto enjuiciado ante el tribunal de apelación para un nuevo pronunciamiento fáctico y jurídico”), se considera que incluso cuando se anule la resolución apelada, la Corte de Apelación debe emitir una resolución de fondo. Tal como lo señala OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, cit., p. 99, “ya en Francia, a parte del caso, insertado por la jurisprudencia, de la nulidad del acto introductivo del juicio, no hay ninguna hipótesis de reenvío obligatorio de la causa al juez de primer grado”.

indicadas en el apartado anterior, al iniciar nuestro proceso de codificación procesal, es decir, en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852.

Y para ello conviene partir de la última: la del número de “instancias”, un tema que teniendo directa conexión con la organización judicial (y como tal con la organización del Estado), requiere para ser entendido acudir al texto constitucional vigente en el momento en que tal Código fue elaborado: la Constitución de 1839.

Tal Constitución, siguiendo la línea ya trazada por sus predecesoras (las de 1823, 1826, 1828 y 1834, que a su vez se inspiraban en la de Cádiz de 1812¹⁵), zanjó la regla de que las Cortes Superiores serían competentes para conocer “en segunda y tercera instancia, de todas las causas civiles que conocen los juzgados de primera instancia”, precisando que ello sería así “en los casos y modos que designe la ley” (inc. 1º del art. 121). *Ergo*, en el diseño constitucional de aquél entonces (un diseño, repito, que se retrotrae a la fundación de la República), todo proceso civil podía pasar por hasta tres instancias, debiendo ser las últimas dos de competencia de las Cortes Superiores.

Pues bien, el Código de 1852 plasmó esta directiva constitucional estableciendo por un lado, la apelación como medio para promover la “segunda instancia”¹⁶ y, por el otro, la súplica para promover la “tercera instancia”¹⁷. La primera como “remedio” general contra las sentencias “injustas” (arts. 1648¹⁸) y la segunda como “remedio” limitado a los casos en los que se hubiera perdido la causa “en segunda instancia, ante una Corte de Justicia” (art. 1716¹⁹), siempre que “las sentencias o autos pronunciados en vista” no fueran confirmatorios de los de primera instancia

¹⁵ En efecto, Constitución de Cádiz de 1812, bajo la premisa de que “en todo negocio, cualquiera que sea su cuantía, habrá á lo más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas” (art. 285), estableció que la segunda y tercera instancia de las causas civiles le “pertenería” a las “audiencias” (art. 263). Bajo este molde, nuestra Constitución de 1823 dispuso, por un lado, que “[n]o se conocen más que tres instancias en los juicios” (art. 113) y, por el otro, que el conocimiento de todas las causas civiles en segunda y tercera instancia le correspondía a las Cortes Superiores (inc. 1º del art. 102); por su parte la (efímera) Constitución de 1826, reiterando aquello de que “no se conocen más que tres instancias en los juicios” (art. 115), dispuso igualmente que el conocimiento en segunda y tercera instancia de todas las causas civiles del fuero común le correspondía a las “Cortes de distrito judicial” (inc. 1º del art. 107). La Constitución de 1828, con una ligera variante frente a sus predecesoras, establecerá que “No habrá más que tres instancias en los juicios, limitándose la tercera a los casos que designe la ley” (art. 124), con reiteración de la atribución a las Cortes Superiores del conocimiento de las causas civiles en segunda y tercera instancia. Finalmente, la Constitución de 1834, pese a ya no indicar el número máximo de instancias, reiterará que el conocimiento de todas las causas civiles en segunda y tercera instancia le correspondía a las Cortes Superiores.

¹⁶ Hecho evidente por el propio epígrafe del Título Primero de la Sección Primera del Libro Tercero del Código de 1852: “*De la apelación ó segunda instancia*”.

¹⁷ Evidenciado —también— en el epígrafe del Título Segundo de la Sección Primera del Libro Tercero: “*De las súplicas o terceras instancias*”.

¹⁸ En rigor el art. 1648 del Código de 1852 establecía cuales “*remedios contra las sentencias injustas*”: “*la apelación, la súplica, la restitución por entero y la nulidad*”. Sin embargo, ni la *súplica* (ver nota siguiente), ni la *restitución por entero* (art. 1654 y ss.), ni “*la nulidad*” (*rectius*, el “recurso de nulidad” de los arts. 1733 y ss.), eran “remedios generales”, porque no procedían en todos los casos. Por tanto, el único remedio “general” (en cuanto no condicionado) era la apelación. Cabe señalar que el art. 1647 del Código de 1852 indicaba que era “*injusta la sentencia pronunciada contra el derecho probado de la parte, ó contra ley expresa*”.

¹⁹ Decía el art. 1716: “*El que ha perdido su causa en segunda instancia, ante una Corte de Justicia ó tribunal especial, puede suplicar del todo ó parte de la sentencia, en los casos que no estén exceptuados por este código*”.

(art. 1717²⁰). *Ergo*, la súplica (o sea el medio para promover la tercera instancia) estaba claramente preordenada a lograr la “*doble conforme*”. Cabe aclarar que la *súplica* era una auténtica segunda apelación, pero no se le llamó así por cuanto la competencia para conocer de la tercera instancia que promovía, le correspondía a un órgano judicial del mismo nivel de aquél que había llevado a cabo la segunda instancia (una sala de la Corte Superior, que debía tener distinta composición y que resolvía con un número mayor de magistrados, art. 1730²¹). Por tanto, siendo un remedio “horizontal” (y no “vertical” como lo era tradicionalmente la apelación), se optó por denominarla “súplica”, evocando así el nombre que en el derecho castellano adoptó el remedio a plantear en contra de las sentencias de los Tribunales Supremos (Audiencias y Chancillerías reales): la “suplicación”²².

La súplica del Código de 1852, sin embargo, tuvo corta vida, pues fue suprimida por Decreto Dictatorial de Ramón Castilla del 31 de marzo de 1855, en atención a que se consideró (erróneamente) que su función podía bien ser asumida por el “recurso extraordinario de nulidad” de competencia de la Corte Suprema²³. No es esta la sede para analizar la trascendencia de la

²⁰ En efecto, disponía el art. 1717 que: “*No se admitirá súplica ó tercera instancia en las sentencias ó autos pronunciados en vista, confirmatorios de los de primera instancia*”.

²¹ El art. 1730 prescribía: “*En revista los vocales serán diversos de los que resolvieron la apelación; y habrá uno más sobre el número de los que conocieron en vista*”.

²² Sobre el “sistema” de recursos en el derecho histórico español previo a la codificación, cfr. MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común*, en *Ensayos de Derecho Procesal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 227 y ss.

²³ Disponía el art. 1733 del Código de 1852 que: “*Se da à las partes el remedio del recurso extraordinario de nulidad, contra la sentencias ó autos de las cortes de justicia y de los demás tribunales superiores que causan ejecutoria, en los casos siguientes: 1.º Por falta de jurisdicción en los jueces, ó de personería legítima en las partes; 2.º Por ocurrir alguno de los casos del artículo 1649; 3.º Por desnaturalizarse la causa, haciéndose ordinaria la que es ejecutiva ó sumaria; criminal la que es civil, y viceversa; 4.º Por la infracción de los artículos constitucionales relativos á la administración de justicia; 5.º Por haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa*”.

Nótese que el recurso de nulidad del Código de 1852 era realmente “extraordinario”, en cuanto se dirigía en contra de sentencias o autos “que causa[ban] ejecutoria” (o sea, frente resoluciones ya dotadas de autoridad de cosa juzgada), sentencias que ya se podían llevar a ejecución conforme a lo dispuesto en el art. 1741 (“*La interposición del recurso de nulidad no impedirá que se lleve á efecto la sentencia ejecutoriada, dándose por la parte que pidiere la ejecución la correspondiente fianza de estar á las resultas, si se declara la nulidad*”).

Igualmente, nótese, que el recurso tenía motivos limitados (que debían ser, como es obvio, indicados por el recurrente, art. 1738) y entre ellos estaba (ni más ni menos...) “*la infracción de los artículos constitucionales relativos a la administración de justicia*” y el “*haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa*”. Sólo en este último caso, la Corte Suprema, de declarar la nulidad, estaba autorizada a pronunciarse “*al mismo tiempo sobre lo principal*” (art. 1751). En los demás, “*lo mismo que cualquier tribunal*”, debía reponer “*la causa al estado en que se cometió alguno de los vicios que anulan el juicio*”.

Respecto de la quinta causal, es probable (habría que investigarlo) que los redactores del Código de 1852 se inspiraran bien en el Código de Comercio español de 1829 (que establecía que procedía el recurso de “injusticia notoria” —de competencia del Tribunal Supremo— “por ser el fallo dado contra ley expresa”) o en el proyecto de la Comisión Legislativa de las Cortes Ordinarias Españolas del 22 de enero de 1838 que preveía un recurso de nulidad que podía fundarse en que el que el fallo se hubiera dado “contra Ley clara y terminante”, que en caso de estimación habría determinado un pronunciamiento de fondo del Tribunal Supremo, “designando en este caso la Ley que por el fallo anulado hubiese infringido” (cfr. LASO GAITE, *Evolución histórica de la casación civil en España*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1971, I, p. 127 y ss., especialmente pp. 131-133). Si bien dudo que los redactores del Código de 1852 lo supieran, algunos Código pre-unitarios italianos (en concretos aquél para los

supresión de la súplica, pero bien se puede considerar que con ello se “transformó” a la Corte Suprema en juez de tercera instancia²⁴, algo que nunca estuvo en la mente de nuestros padres constituyentes, quienes (siguiendo más que probablemente a la Constitución de Cádiz de 1812²⁵) no querían que en las causas ordinarias el órgano supremo fuera un juez de “instancia”, sino un mero controlador de la regularidad formal del proceso, vía la promoción del “recurso de nulidad”²⁶.

Con todo, con la supresión de la súplica el principio de la “doble conforme” desaparece de nuestro ordenamiento, pues la “doble conformidad” no era un impedimento para la promoción del recurso de nulidad (ya, indirectamente, promotor de una tercera instancia) como sí lo era para la súplica.

Estados de Parma-Piacenza-Guastalla de 1820 y el de los Estados Estenses de 1852) preveían recursos de revisión que podían fundarse en la “manifiesta violación de la ley” y que en caso de estimación daba lugar a pronunciamiento de fondo por parte del propio Tribunal Supremo (cfr. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, I, cit., p. 81 y ss.).

Con todo, lo que queda claro es que el recurso de nulidad —en el diseño original del Código de 1852— no podía ser medio para hacer valer la “injusticia de la sentencia” *in facti*, sino solo *in iure*, o sea, por haberse dado “*contra ley expresa*”, que según el art. 1750 debía ser la “peruana” y no “*deducciones, doctrinas ó leyes extrañas*”.

²⁴ Lo decía expresamente el Decreto del 31 de marzo de 1855 en su segundo considerando: “Que, con la facultad que la Corte Suprema tiene para fallar sobre lo principal en una causa por el art. 1751 del Código de Enjuiciamientos, se presta á las partes todas las garantías que podrían apetecer de una tercera instancia; y que en consecuencia la supresión de la súplica evita una cuarta instancia y abrevia notablemente la tramitación de los juicios”. El art. 6 del Decreto indicaba que “En todo caso, el tribunal que conoce del recurso de nulidad, podrá usar de cuantas facultades tenía el de súplica para reformar ó revocar las resoluciones de vista”. *Ergo*, resulta claro que la Corte Suprema, por este decreto, fue efectivamente “transformada” en juez de tercera instancia con el poder de emitir una sentencia sustitutiva de la de “vista”. Solo teniendo presente este dato se puede entender que los autores del CPC de 1912 dijeran en su Exposición de Motivos que “[p]unto trascendental y de carácter previo que el legislador ha tenido que solucionar, ha sido el de ver si debía convertirse á la Corte Suprema en un verdadero Tribunal de Casación ó subsistir como tribunal revisor, como una tercera instancia./ Como aparece de este título ha optado por lo segundo (...). [L]os tribunales de rigurosa casación se limitan a examinar si en la resolución recurrida hay infracción de ley, no tienen la facultad de apreciar las pruebas producidas para acreditar los hechos alegados, y esta sola consideración es bastante para justificar que esta ley *no introduzca ninguna variación* en el régimen del Código de Enjuiciamientos” (cfr. en CALLE, *Código de Procedimientos Civiles*, El Lucero, Lima, 1912, p. 584, cursiva mía).

²⁵ Basta confrontar el art. 261 de la Constitución de Cádiz con los respectivos de nuestras Constituciones de 1823 (art. 100), de 1826 (art. 105), de 1828 (art. 111), de 1834 (art. 114) y de 1839 (art. 103) para advertir su influencia en las atribuciones asignadas constitucionalmente a nuestra Corte Suprema.

²⁶ Sobre que los constituyentes de Cádiz no pretendieran atribuirle a su (neo) Tribunal Supremo de Justicia funciones al estilo del Tribunal de Casación francés, cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)*, en *Temas del Ordenamiento Procesal*, I, Tecnos, Madrid, 1969, p. 195 y ss. Para BRIGUGLIO, *Storia e riforma della Cassazione civile spagnola*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 144 y s., el que el recurso de nulidad previsto por el inc. 9 del art. 261 de la Constitución de Cádiz solo procediera por violaciones de normas procesales constituye una “interesante reafirmación de una idea que tiene raíces antiguas y variadamente ramificadas, pero que en época reciente ha encontrado linfa y vigor nuevos. Justamente en versión moderna, ella puede exponerse sintéticamente así: el proceso, sus reglas, y su estructura centrada sobre los elementos fundamentales de la imparcialidad del órgano juzgador, del principio *nemo iudex sine actore* y del contradictorio, constituyen el marco, el límite y la garantía de justicia de la función interpretativa del juez. Tal función es ineliminable y asume incontrastablemente un carácter variadamente evolutivo del derecho en cuestión. Ella encuentra, sin embargo, legitimación justamente en la «forma procesal» a través de la cual es ejercitada en relación a un caso concreto”.

Consustancial con el sistema de la pluralidad de instancias, el modelo de apelación (y de súplica) acogido por el Código de 1852 se presenta claramente como “plena” (o sea, como *novum iudicium*). Lo confirman sus arts. 676, 1700 y 1702, que permitían alegar nuevos hechos, nuevas excepciones y nuevas pruebas tanto en segunda como en tercera instancia²⁷.

Finalmente, el Código de 1852 consagró una “querrela de nulidad” a hacerse valer acumulativamente con la apelación (art. 1650²⁸) o, en su caso, con la súplica (art. 1652²⁹), con remisión al primer juez en caso de declararse la nulidad de la sentencia, “sin resolver la cuestión principal” (art. 1651³⁰).

Por tanto, nuestro Código de 1852 nos diseñó un sistema muy fiel a las doctrinas del derecho común medieval: pluralidad de instancias hasta conseguir la “doble conforme”; apelación y súplica modeladas como “nuevo-juicio” y, a la par, como vehículos para hacer valer la nulidad de “las resoluciones judiciales”³¹.

Por lo que atañe al CPC de 1912, el modelo esencial de apelación no cambió, en cuanto, al menos respecto al juicio ordinario, siguió siendo una clara promotora de un “*novum iudicium*”³². En cambio, se oscureció por completo lo que estaba muy claro en el Código de

²⁷ Así disponía el art. 676: “*En segunda y tercera instancia no puede recibirse la causa á prueba, sino sobre hechos deducidos de nuevo, ó sobre aquellos que, apesar (sic) de ser conducentes, no fueron admitidos á prueba en las instancias anteriores*”; por su parte el art. 1700 prescribía que: “*Pueden las partes en segunda instancia alegar nuevas excepciones, formando nuevos artículos, y pedir que sobre ellos, se reciba la causa a prueba*”. Finalmente el art. 1702 disponía que “*La corte recibirá la causa a prueba, si las excepciones son nuevas y no puestas ni alegadas en primera instancia; ó denegará la solicitud, en caso contrario. También recibirá la causa á prueba sobre los hechos indicados en el artículo 676*”.

²⁸ Decía, en efecto, el art. 1650 que “*La parte contra quien se hubiese pronunciado por un juez de primera instancia, una sentencia nula, puede apelar ante el superior y decir de nulidad en el mismo pedimento*”.

²⁹ El art. 1652 disponía: “*Si el auto es suplicable, puede reclamarse la nulidad, usándose acumulativamente de los dos remedios, conforme a lo dispuesto en el artículo 1650*”.

³⁰ Art. 1651: “*Si el Tribunal considera nula la sentencia, lo declarará así; y repondrá la causa al estado que tenía cuando se pronunció, sin resolver la cuestión principal*”.

³¹ Tal como lo señala AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, cit., p. 75 y ss., “en el derecho castellano la regulación de un recurso de nulidad o «querrela nullitatis», se hará por primera vez en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, y pasará a ser recogido por todas las recopilaciones hasta el s. XIX. Este recurso de nulidad se interpone en el plazo de sesenta días, bien ante el juez que dio la sentencia o ante el superior, y contra su sentencia cabe alzada o suplicación, pero no una segunda nulidad. La nulidad podía alegarse de sentencias inapelables, pero también cabía acumularla como acción con la apelación, en cuyo caso debía hacerse en el plazo de ésta, aunque si la apelación quedase desierta podía continuarse la nulidad por sí sola. // La literatura jurídica entendió que la nulidad de una sentencia tenía, sin embargo, otra vía aparte de la acción directa mediante recurso «nullitatis»: podía siempre ser absorbida en la apelación «por incidencia», apelándose frente al a quo de la sentencia como injusta y motivándose después la nulidad frente al juez superior: Díez de Montalvo nos ofrece la fórmula para ello, una fórmula tomada directamente de Azzo: «dico sententium ipso iure nullam, vel si qua est appellatio», y a continuación explica, siguiendo a Baldo, que tal apelación no presenta contradicciones, pues el remedio de la apelación se presenta por vía principal, mientras que la nulidad se presenta por vía secundaria incidental”. En el derecho canónico, en donde aún se conserva la querrela de nulidad (v. cánones 1619-1627 del Código de Derecho Canónico), la sentencia nula no es apelable, salvo que la apelación “se acumule con la querrela de nulidad” (v. inc. 1 del canon 1628).

³² El CPC de 1912, en cabal consagración del principio de que en segunda instancia *non deducta deducendi et non probata probandi*, permitía “deducir excepciones no alegadas en primera instancia” o cualquier otro “hecho nuevo” y pedir que se recibiera la causa a prueba respecto de ellos. Ello era posible hasta en tanto el juez de apelación no pidiera “autos para sentencia” (art. 1103).

1852: los medios para hacer valer las nulidades de las resoluciones judiciales que zanjaba en su art. 1085 y que a estar a lo dispuesto en el art. 1087 podían ser declaradas de oficio por las “Cortes y juzgados” incluso cuando “la parte agraviada no [hubiera] reclamado”³³.

3. El “modelo” de apelación del CPC vigente

Dicho esto, vamos al “modelo” de apelación recogido en el CPC de 1993.

Si nos atuviéramos solo a lo establecido en el art. 364 CPC, no habría duda de que con el Código vigente se habría cambiado por completo de “modelo”: de la tradicional “apelación-nuevo juicio” de nuestro dos códigos anteriores se habría pasado a una mera “apelación-revisión”. En efecto, en él se dice claramente que el recurso tiene por objeto que “*el órgano jurisdiccional superior examine (...) la resolución*”, que es como decir que (tal cual en el derecho procesal austriaco) la apelación no tiene por objeto que el segundo juez reenjuicie la controversia (o la cuestión incidental) ya decidida por el primer juez, sino solo “*examinar*” si la resolución apelada es correcta o no.

Parecería confirmar la adopción de este “modelo” la previsión del art. 366 CPC que exige que el apelante fundamente la apelación con la expresa “indicación del error de hecho o de derecho incurrido en la resolución”³⁴.

Sin embargo, la “concepción” de la apelación cual mera revisión crítica de la resolución impugnada viene desmentida por la propia regulación subsiguiente, que nos proporciona elementos para configurarla no como medio para activar un mero control sobre la corrección de la primera decisión sino como el medio para reabrir, *como mínimo*, la fase de decisión del proceso ante el segundo juez.

Y es que en el CPC vigente bajo el nombre de apelación conviven (yuxtapuestos) una pluralidad de recursos que no solo no responden a ningún “modelo” preciso, sino que cumplen, al interior del proceso, una muy distinta función³⁵.

Esta pluralidad de “recursos” encerrados bajo el nombre de apelación se desprende ya del propio art. 364 CPC, que tras indicar (reductivamente) que la apelación tiene por objeto promover el “examen de la resolución” agrega que tal examen tiene, desde el ángulo del recurrente, el “propósito” de que la resolución sea, total o parcialmente, “anulada o revocada”.

En base a estos dos posibles desenlaces (revocación o anulación) podemos distinguir ya:

³³ En efecto, mientras que el Código de 1852 precisaba que las nulidades de las resoluciones judiciales establecidas en su art. 1649 se hacían valer o con la apelación o (mientras estuvo vigente) la súplica, el CPC de 1912, pese a consagrar —también ella— una lista de supuestos de nulidad de las resoluciones (art. 1085) no establecía el medio para hacerlas valer, generando, por un lado, esa “táctica” defensiva consistente en la proliferación de incidentes de nulidad de resoluciones ante el propio juez que las emitió, y, por el otro, el de los jueces “cazadores” de nulidades a declarar de oficio. Problemas estos de los cuales no logramos librarnos hasta hoy.

³⁴ El art. 366 CPC (así como la norma “madre” del art. 358 CPC) constituye una clara reacción al sistema del CPC de 1912 que no sólo no le exigía al apelante el que fundamentara su recurso al momento de apelar (v. art. 1090 CPC de 1912, que permitía incluso la apelación verbal), sino que su fundamentación ante el juez *ad quem* era meramente facultativa (v. art. 1102 CPC de 1912, que permitía más no exigía al apelante la presentación de un escrito de “expresión de agravios”). Es altamente probable que se haya considerado que tal forma de apelar era demasiado “complaciente” con las partes y como tal incompatible con un proceso “publicizado” como el que consagró el Código.

³⁵ V. *infra* n. 4.

- a) una *apelación devolutiva* enderezada a obtener una *decisión sustitutiva* de la primera, en donde ella cumple el tradicional papel de ser el medio para trasladar al segundo juez el poder de conocer y decidir *de nuevo* aquello que fue decidido por el primero³⁶, tanto en relación al fondo de la controversia como sobre una cuestión incidental; y,
- b) una *apelación no devolutiva* enderezada a obtener un *pronunciamiento rescindente*, en donde ella cumple el papel de ser una mera “querrela de nulidad”, o sea de medio para atribuir al segundo juez únicamente el poder de controlar la regularidad procesal de la resolución a los efectos de obtener solo su eliminación³⁷.

³⁶ El efecto devolutivo de la apelación se encuentra contenido (aunque hay que buscarlo con lupa) en el art. 370 CPC (que al prohibir la *reformatio in peius*, implícitamente consagra la máxima *tantum devolutum quantum appellatum*). Cabe precisar que por “efecto devolutivo” no debe entenderse —como podría erróneamente inducirnos a pensar el adjetivo “devolutivo”— la “restitución” del poder sobre el asunto del juez “inferior” al juez “superior”, tal cual como si los de “arriba” fueran los depositarios originarios del poder jurisdiccional y que los de “abajo” fueran meros “delegados” de aquellos. Los poderes de los diversos órganos jurisdiccionales hoy en día emanan de la propia ley, la que les atribuye la competencia para conocer de los diversos asuntos en función esos criterios técnicos que llamamos “reglas de competencia”. Pero como nuestro legislador ha organizado el proceso (declarativo) de tal forma que pueda llevarse no sólo ante un primigenio juez (el inicial, *a quo*), sino también ante un segundo (juez *ad quem*), e inclusive, en algunos casos, ante un tercero (las Salas de la Corte Suprema), resulta que nuestro proceso puede (no debe) pasar hasta por tres estadios: el de primera instancia; el de la segunda instancia y (cuando la ley lo establezca) el —llamémoslo así— de casación. Y así como la primera instancia viene provocada por ese acto que llamamos demanda; la segunda lo es por ese acto que llamamos apelación, siempre que (como ya dicho *sub* art. 365) tal apelación se dirija en contra de la sentencia que pone fin a la primera; mientras que el estadio de casación (cuando procede) viene provocado por ese específico acto que llamamos “recurso de casación”, de competencia (solo) del órgano jurisdiccional pertinente de la Corte Suprema. Pues bien, ni la apelación ni el recurso de casación “devuelven” (o sea “restituyen”) nada al órgano competente para llevar adelante el estadio respectivo del proceso (segunda instancia o procedimiento de casación). Más bien, es todo lo contrario.

En efecto, si bien en determinados períodos históricos la justificación del poder de conocer de un determinado asunto por parte de la máxima autoridad de la organización estatal respectiva (según los tiempos, Emperador romano o Monarca absoluto) se encontró en la consideración de que aquél era el depositario original del “poder jurisdiccional” (en rigor, de todos los poderes), por lo que en cualquier momento podía “avocarse” al conocimiento de determinado asunto, de allí no viene la expresión “devolutivo” pues éste tiene un significado (políticamente) más “neutro”: “devolutivo”, en efecto, se deriva del verbo latino-medieval “*devolvere*”, que significa tanto como “destinar”, “pasar”, “trasmitir”, “encomendar”, “atribuir”. Por tanto, siendo que “devolutivo” es un adjetivo calificativo del “efecto” que produce la (concesión de) apelación, por “efecto devolutivo” debe entenderse el efecto de “destinar”, de “pasar”, de “trasmitir”, de “encomendar”, de “atribuir” el conocimiento de un determinado asunto (o de parte de él) de un juez (el *a quo*) a otro (el *ad quem*). Por tanto, estamos en las antípodas del significado que tiene la palabra “devolver” en el castellano moderno, en cuanto no se trata de “*restituir*” poder sobre un determinado asunto al “superior”, sino de “*atribuir*” poder sobre él, un poder que antes no tenía y que se adquiere en virtud de la concesión de la apelación.

³⁷ El CPC de 1993 contiene una escasa regulación de la (llamémosla así) “apelación-nulidad” (o sea la apelación en función de “querrela de nulidad”). De hecho, en la regulación de la apelación da solamente por sentado que ésta pueda tener como desenlace la anulación de la resolución apelada (así, el art. 364 y art. 380 CPC). Alguna luz nos la da el art. 176 CPC, que tras establecer que “el pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia”, precisa que una vez sentenciado el proceso en primera instancia, “sólo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación”. Lo interesante es que en estos casos “la Sala Civil (*rectius*, en general, el juez *ad quem*) resolverá oyendo a la otra parte en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado”, que es como decir que el pedido de nulidad se acumula, como incidente, a la apelación en estricto (tal cual en la evolución de la *querela nullitatis* del derecho intermedio italiano, en el derecho histórico español y lo es aún en el derecho canónico: v. nota 31). A estar a esta

Pero no solo, pues en razón del tipo y origen de resolución impugnada en se pueden distinguir hasta tres procedimientos distintos de apelación³⁸, a saber:

- a) el previsto para la apelación de sentencias emitidas en los procesos cuya primera instancia se haya llevado bajo las reglas del procedimiento “de conocimiento” y abreviado (arts. 373 a 375 CPC);
- b) el previsto para la apelación de autos “que dan por concluido el proceso o impiden su continuación” (art. 376 CPC), que se hace extensivo a la apelación de sentencias del sumarísimo y del no contencioso (arts. 558 y 756 CPC);
- c) el previsto para la apelación de los demás autos (art. 377 CPC).

Las diferencias entre los tres no son de poca monta en cuanto en el primero, si bien la apelación se interpone ante el juez *a quo*, su absolución (o adhesión) por parte del apelado se produce recién ante el juez *ad quem* (art. 373 CPC); además es posible la alegación de hechos nuevos y el ofrecimiento de los correspondientes medios probatorios tanto en el escrito de apelación como en el de absolución³⁹, pruebas que de ser admitidas dará lugar a citación a

disposición parecería que la apelación no pudiera tener como único objeto la declaración de nulidad de la resolución impugnada lo que entra en clara colisión con el art. 364 CPC que establece que el propio apelante puede tener el “propósito” de lograr la anulación de la resolución que apela. Cabe aclarar que no debe confundirse la “apelación-nulidad” con la previsión del art. 382 CPC, que permite que el juez *ad quem* aprecie de oficio (solo) los vicios formales de la resolución impugnada.

³⁸ Téngase en cuenta que el CPC no tiene una regulación completa del procedimiento de apelación, en cuanto cuando éste es de competencia de una Sala Superior o Suprema, entran en juego las no muy claras normas de los arts. 131 y ss. de la LOPJ (v. nota 40).

³⁹ El art. 374 CPC permite que tanto apelante como apelado puedan ofrecer, al momento de apelar o de absolver el “traslado del escrito de apelación”, pruebas no aportadas en la primera instancia. Con ello se introduce en nuestro sistema un elemento que sería inadmisibles en aquellos sistemas (como el austriaco) en los que la apelación promueve una mera revisión de la sentencia de primera instancia (*revisio prioris instantiae* o apelación limitada) y más bien es propio de aquellos en los que la apelación reabre el juicio ante el juez *ad quem* a fin de que éste conozca y decida *ex novo* de la controversia planteada en la primera instancia del proceso, incluso en base a nuevos hechos y nuevo material probatorio (*novum iudicium* o apelación plena). Por tanto, la sola presencia del art. 374 CPC desmiente que nuestra apelación promueva, siempre y en todo caso, un mero examen de la corrección de la resolución apelada por parte del juez *ad quem*, tal como en términos generales lo prevé el art. 364 CPC, en cuanto posibilita que el proceso en su segunda instancia se reabra no solo en su fase de decisión, sino incluso en su fase de alegación y prueba, con la consecuencia de que la nueva decisión (la del *ad quem*), podrá fundarse en hechos y pruebas distintos de los apreciados por el juez *a quo*. Sin embargo, la presencia del art. 374 CPC si bien hace descartar el que estemos ante un “puro” sistema de *apelación-revisión*, no significa que nos coloque plenamente en un sistema de *apelación-nuevo juicio*. Y ello porque la posibilidad de aportar nuevo material probatorio en apelación tiene toda una serie de limitaciones, lo que hace a nuestro sistema un “híbrido”. *In primis*, porque ello no procede siempre, sino solo cuando el proceso en su primera instancia se haya llevado bajo las reglas de los (llamados) procesos de conocimiento y abreviados. Por tanto, aquello no será posible cuando la sentencia apelada se haya dictado en un sumarísimo o en un no contencioso. Luego, porque no cualquier nueva prueba puede ser aportada, sino que debe tratarse de prueba referida a hechos cronológicamente sobrevenidos a los momentos en que pudieron ser alegados en la primera instancia (los *nova producta*) o, en todo caso, de prueba (documental) hallada con posterioridad a ellos (los *nova reperta*).

A los supuestos del art. 374 CPC hay que agregar el del último párrafo del art. 190 CPC: las pruebas ofrecidas oportunamente por las partes en primera instancia, pero no admitidas por el juez *a quo*. En efecto, según tal disposición si se apela del auto del juez *ad quo* que no admite alguna de las pruebas ofrecidas por las partes y el *ad quem* revoca la resolución (o sea, admite la prueba), de no ser temporalmente posible su actuación por el *a quo* (por cuanto ya sentenció), le corresponde al propio juez *ad quem* actuarla “antes de sentenciar”. La disposición tiene más

audiencia de pruebas (art. 374); siempre existe vista de causa, con posible informe oral de la parte (sobre hechos) o de su abogado (art. 375)⁴⁰.

valor teórico que práctico (pues es posible que la sentencia no se apele), en cuanto nos aporta un dato adicional en el sentido de que nuestra apelación de sentencia realmente “reabre el juicio” ante el juez *ad quem*, el cual podrá emitir una decisión sustitutiva de la primera incluso en base a material probatorio distinto de aquél de la primera instancia. A ello se agrega que lo dispuesto en el último párrafo del art. 190 CPC, a diferencia del art. 374 CPC, vale no solo para los procesos que en primera instancia se hayan llevado bajo las reglas del procedimiento de conocimiento o abreviado, sino que tiene un alcance general, es decir, sea cual fuere el procedimiento aplicado en la primera instancia.

⁴⁰ En la tradición hispánica del proceso escrito por “vista de la causa” se ha entendido “el acto en el que después de terminada la sustanciación de un pleito (...) se da cuenta al tribunal de lo que resulta de autos por el relator o secretario en audiencia pública, a las que pueden concurrir también las partes y sus defensores para exponer de palabra lo que conduzca a la defensa de sus respectivos derechos, a fin de que el juzgador adquiera la instrucción necesaria para dictar su fallo conforme a justicia” (así MANRESA, en sus *Comentarios*, T. II, 1883, p. 7). Durante la vigencia del CPC de 1912 —y a diferencia de la LEC española de 1881, v. su art. 677— en la primera instancia del juicio ordinario, una vez vencido el plazo para los alegatos escritos, el juez no citaba a vista de causa sino que simplemente pedía “autos para dictar sentencia” (v. art. 507 CPC 1912), o sea que el secretario le entregara el expediente para emitir sentencia, lo que debía ocurrir en el plazo de 40 días (luego reducidos a 25 por el D.L. 21773). La “vista de la causa”, en cambio, si estuvo prevista para las fases del proceso a desarrollarse ante las Cortes Superiores y Suprema, pero su regulación no se encontraba en el CPC sino (impropiamente) dentro de la LOPJ (así v. arts. 174-200 LOPJ de 1912 y arts. 149-173 LOPJ de 1963), como acto enderezado a que el Relator de Sala hiciera la relación verbal de la causa “expedita” para ser decidida y se procediera a su deliberación, votación y fallo, con la posibilidad de que los abogados y/o las partes tomaran la palabra ante la integridad del órgano colegiado antes de que se procediera a la deliberación.

El Código no ha incidido en lo más mínimo sobre esta forma (por demás engorrosa) de llegar a decisión y su silencio ha dejado que ella se encuentre regulada en la LOPJ de 1991 (v. art. 131 y ss.). Sin embargo, en su art. 375 ha regulado algunos aspectos del acto de “vista”, aspectos que ha hecho —impropiamente— extensivos “a todos los órganos jurisdiccionales civiles que cumplen función de segunda instancia”, es decir, incluso a los Juzgados de Paz Letrados y los Especializados, en donde la “vista”, por tratarse de órganos jurisdiccionales unipersonales, no sería absolutamente necesaria.

En rigor, el art. 375 no es que regule la “vista” sino que se limita a establecer los plazos dentro de los cuales debe notificarse a las partes la designación de su fecha (diez días en el caso de los procesos de conocimiento y abreviados; cinco días “en los demás”), así como el momento que tiene el abogado para comunicar tanto su “deseo” realizar informe oral como el de la parte de informar sobre hechos (tres días de notificada la fecha de la vista).

Tales previsiones entran en evidente contraste con lo dispuesto en la LOPJ. Y ello porque conforme a la LOPJ, es el Presidente de Sala (y no la Sala) quien debe fijar el día y hora para la vista (v. inc. 1° del art. 45), “por riguroso orden de ingreso, dentro de los treinta días siguientes a que se hallen expeditas para ser resueltas”, sin que sea necesario que tal designación “conste en resolución expresa” (v. art. 131 LOPJ). Con 72 horas de anticipación de la fecha fijada, el Presidente de Sala debe hacer citar tanto a los abogados y partes que hayan solicitado el uso de la palabra, como a los abogados que hayan fijado domicilio en la sede de la Corte (v. art. 131 LOPJ). Si no se ha solicitado el uso de la palabra no se cita a nadie y la vista se celebra sin su presencia (v. art. 139 LOPJ).

La falta de concordancia entre el art. 375 y el art. 131 LOPJ es evidente. En lo único que coinciden es que la fecha de la “vista” es inaplazable (v. art. 132 LOPJ). Sería bueno que, a fin de evitar dudas sobre el *modus procedendi* ante el Juez *ad quem*, nos decidamos a dar una disciplina armónica y no tener que recurrir a la décima disposición final del Código y a la vigésimo tercera de la LOPJ que establecen, respectivamente, la “prevalencia” del CPC sobre la LOPJ en materia de regulación procesal, en particular porque el Código dicta una regulación escasa sobre tal *modus procedendi*.

Con todo, la importancia de la fecha fijada para la “vista” está en que ella constituye el momento fijo en el que, en principio, el asunto debe ser *conocido, discutido, votado y decidido* y en las que es posible, si así se ha pedido, que los abogados y partes tomen previamente la palabra para argumentar *pro se*.

En cambio, en el segundo tanto la interposición de la apelación como la absolución (y adhesión) del apelado se producen ante el juez *a quo* (inc. 1 del art. 376); no es posible alegar hechos nuevos (cuarto párrafo del art. 376)⁴¹ e, igualmente, siempre debe realizarse vista de causa (tercer párrafo del art. 376), desde cuya realización corre el plazo de cinco días para resolver (último párrafo del art. 376).

Por lo que atañe al tercero, al igual que en el segundo tanto la interposición como la absolución se producen ante el juez *a quo* (primer párrafo del art. 377), pero el juez *ad quem* resuelve en base al “cuaderno de apelación” (formado por copias del expediente en el que se emitió el auto apelado) y no estando prevista la vista de causa, tan pronto le ingresa el “cuaderno” el juez *ad quem*, debe comunicar a las partes que “los autos están expeditos para ser resueltos” (segundo párrafo del art. 377).

A los datos indicados hay que agregar el de que no todas las (diversas) apelaciones producen los mismas consecuencias sobre la resolución impugnada, en cuanto algunas son *ex lege* suspensivas de sus efectos⁴² y otras no⁴³.

Todo lo cual evidencia que la “apelación” del CPC *no constituye para nada un instituto unitario*, sino que bajo un idéntico nombre se encierran una pluralidad de recursos, que presentan tales y tantas notas diferenciales, que sería forzado tratar de adscribirlas en bloque a algún modelo (ni puro ni híbrido).

4. Función de la apelación e “instancia plural”

Y justamente esta diversidad debe llevarnos a excluir que, siempre y en todo caso, la apelación encuentre su fundamento en el principio constitucional de la “pluralidad de la instancia” (inc. 6° del art. 139 Const.).

En efecto, la “instancia plural” de la Constitución implica única y exclusivamente que el legislador procesal *no puede organizar un proceso declarativo a “instancia única”*, es decir, que se inicie y termine ante un único juez, sino que debe hacerlo de tal forma que permita que una

⁴¹ Como el procedimiento del art. 376 CPC es el aplicable a las sentencias emitidas en los procedimientos sumarísimos y en los no contenciosos (arts. 558 y 756 CPC), resulta evidente que lo más relevante está en la prohibición de lo nuevo. Esta prohibición podría tener una justificación si es que expresamente el Código (tal cual el art. 1083 del CPC de 1912) indicara que las sentencias dictadas en (todos o algunos de) los sumarísimos y en los no contenciosos no fueran susceptibles de adquirir la “autoridad” de cosa juzgada (art. 123 CPC), en cuanto lo allí resuelto sería meramente provisional y como tal no constituiría un obstáculo para la realización de un proceso (plenario) posterior. Pero el Código nada dice al respecto, por lo que la prohibición de lo nuevo se vuelve absolutamente injustificada y fuente potencial de decisiones injustas. El problema ciertamente no se plantea respecto de las resoluciones finales de los no contenciosos porque *por definición* jamás precluyen un proceso contencioso posterior. Por tanto, el indicado problema de la prohibición de los “*nova*” se puede suscitar respecto del sumarísimo, en cuanto tal procedimiento ha sido concebido como un plenario “rapidísimo” y como tal sus sentencias sí son (en línea de principio) susceptibles de adquirir la autoridad de cosa juzgada.

⁴² Son *ex lege* suspensivas las apelaciones de sentencias y de autos “que dan por concluido el proceso o impiden su continuación” (art. 371 CPC).

⁴³ Conforme al art. 372 CPC la apelación no es suspensiva “en los casos establecidos en la ley y en aquellos en que no procede apelación con efecto suspensivo”. En general, no es suspensiva la apelación de autos interlocutorios y, por excepción, la apelación de la sentencia de alimentos (art. 566 CPC).

vez *agotada* la instancia ante un primer juez, antes de la que la resolución final quede firme y produzca establemente sus efectos, la instancia pueda ser renovada ante otro⁴⁴.

De allí mi convicción de que la directiva constitucional de la “instancia plural” no implica en absoluto el que toda resolución a emitirse durante el desarrollo del proceso sea “impugnable” ante un juez distinto del que la emitió⁴⁵, sino solo —como ya dicho— que una vez cerrada la primera instancia del proceso con la emisión de la sentencia, se prevea (al menos) un medio para que ésta pueda renovarse ante un juez distinto.

Y como tal función “renovadora” la puede cumplir la apelación solo cuando la primera instancia se haya agotado con la emisión de la sentencia, hay que excluir que lo mismo ocurra cuando lo que se apele sea un auto, ni siquiera cuando éste sea el “final”, pues conforme al último párrafo del art. 370 CPC, lo único que llegará a conocimiento del juez de apelación será la cuestión incidental resuelta por el juez *a quo* (se piense en el auto que estima una excepción) y no la controversia (el fondo, o sea las pretensiones planteadas por las partes). Tanto es así que si el juez de apelación revoca el auto apelado, dispone la continuación del proceso ante el juez *a quo* (y no precisamente ante él, como, en cambio, ocurre en el proceso civil francés en virtud del “poder de avocación” del juez de apelación⁴⁶), lo que significa que la primera instancia deberá reanudar su curso.

Ergo, ni siquiera tratándose de la apelación de autos “finales” emitidos en la primera instancia del proceso, la *ratio* de su apelación se encuentra en el principio de la “instancia plural”.

⁴⁴ Sobre una concepción “clásica” del sistema de “pluralidad de las instancias”, cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, cit., § 85, p. 186 y ss.. Así señalaba el gran florentino que “por cuanto razones de tranquilidad social no permiten hacer depender la validez de lo juzgado de la justicia de su contenido, el proceso debe ser construido de manera que la cosa juzgada no pueda formarse sino a través de garantías que reduzcan al mínimo la probabilidad de una sentencia injusta, y esas garantías deben consistir (además de la exacta observancia de las prescripciones procesales *in procedendo*) en la posibilidad de reiteración del juicio lógico del que la sentencia nace, a través de una serie de *instancias*, o *grados* sucesivos, que constituyan otras tantas fases de un único proceso, cada una de las cuales se cierre con un juicio sobre la relación controvertida, pero solo la última sea idónea para producir un juicio irrevocable (cosa juzgada en sentido formal). De esta manera el proceso no corre ya más desde el inicio hasta el final ante un solo órgano juzgador, sino que, aunque manteniéndose único, se fracciona, se desmiembra, por así decirlo, en una pluralidad de episodios que se desarrollan ante jueces distintos, como un drama que resulta de una sucesión de «actos» escénicos: en donde la finalidad que el proceso se propone lograr es obtenida solamente al término de la última fase procesal, de la cual las precedentes no son que una preparación, un experimento, un «bosquejo»”(op. cit., p. 187). En su *Appello civile*, voz de la *Enciclopedia italiana*, II, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1929, p. 732, CALAMANDREI precisará —siguiendo Zanzucchi— que, a la luz del ordenamiento procesal italiano de 1865, “el principio del doble grado de jurisdicción debe ser entendido no en el sentido de doble pronunciamiento sobre cuestiones idénticas, y ni siquiera en el sentido de doble pronunciamiento de fondo, sino en el sentido de doble pronunciamiento sobre la misma demanda”. En el sentido de que el modelo (teórico) del “doble grado de jurisdicción” no es igual al de la “pluralidad de grados” y el de la “doble conforme” cfr. E. F. RICCI, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*. I) *diritto processuale civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 2 de la voz.

⁴⁵ Cfr. mi *En defensa del derecho de impugnar (vicisitudes de una garantía «incomprendida»)*, en *Problemas del proceso civil*, Jurista Editores, Lima, 2003, p. 229 y ss., en el sentido de que la previsión del inc. 6° del art. 139 Const. no cubre a la apelación de los autos.

⁴⁶ El art. 568 del CPC francés dispone que: “Cuando la corte de apelación conozca de un recurso frente a una sentencia por la que se acuerde la práctica de una prueba o que ponga fin al proceso por estimar una excepción procesal, podrá avocar para sí la resolución de aquellas otras cuestiones que no hubieran sido enjuiciadas en primera instancia, si considera adecuado a los fines de una buena administración de justicia ofrecer una solución definitiva al asunto, después de haber decretado ella misma, dado el caso, la práctica de pruebas”.

Más bien habría que considerar que la previsión de su apelación, constituya una *garantía de que la primera instancia se desarrolle a plenitud* ante el juez *a quo*, vale decir, hasta llegar al acto conclusivo “normal”: la sentencia. Así, p. ej., si se declara fundada alguna de las excepciones del inc. 5° del art. 451 CPC o se declara la conclusión del proceso por abandono *ex art. 346 CPC*, la posibilidad de apelación de tales autos garantiza al demandante que, de revocarse, se continuará con el desarrollo normal de la primera instancia.

En cambio, tratándose de autos interlocutorios, la justificación de su apelación es algo más complicada dada la heterogeneidad de sus contenidos. En líneas generales, se puede decir que la apelación de los autos interlocutorios esté prevista en el proceso declarativo (no sabría decir, si el legislador era consciente de ello), en garantía de un regular desarrollo de su primera instancia, en cuanto tales decisiones (intermedias) de estar viciadas podrían perjudicar la validez o la corrección de la decisión final⁴⁷.

Con todo, debe quedar claro que conforme a nuestro ordenamiento no es correcto asociar *en todos los casos* la apelación con el principio de la instancia “plural”.

5. La apelación: ¿medio de impugnación?

Pero hay un dato que sí unifica a las diversas apelaciones: su promoción impide que la resolución apelada devenga *firme*. Este dato, ciertamente, no es exclusivo de la apelación (*rectius*, de las apelaciones), sino que es un elemento constante de todos los recursos previstos en el CPC, es decir, de la reposición (v. art. 362 y ss.), del de casación (v. art. 384 y ss.) y de la queja (v. art. 401 y ss.), que justamente están previstos para impedir que las resoluciones contra las cuales se dirigen devengan firmes, habilitando así que al interior del proceso mismo en que fueron emitidas, según los casos, sean sustituidas por otra o simplemente anuladas, ya sea por el mismo juez o por otro distinto.

En tal sentido, las diversas apelaciones (junto con todos los otros recursos) se pueden tranquilamente englobar —como efectivamente lo ha hecho nuestro CPC— dentro de la categoría de los “medios impugnatorios”, siempre que la palabra “impugnación” sea entendida en su sentido lato de *disconformidad* con lo decidido, vale decir, lo contrario de aceptación, de aquiescencia, de consentimiento. No por nada por resolución “consentida” se entiende aquella que habiendo podido ser recurrida no lo fue, por lo que tal aquiescencia determina la firmeza de sus efectos (sean estos meramente procesales o también sustanciales).

Pero decir que la apelación es un “medio de impugnación” sirve de muy poco para entender su esencia⁴⁸, pues lo que importa saber es si tal “medio” cumple su tradicional función

⁴⁷ Sobre la apelación de las interlocutorias cfr. mi *Apelación “diferida” de las resoluciones interlocutorias. Entre la economía (de papel...) y la disfunción procesal*, en *Actualidad jurídica*, N° 147, febrero 2006, p. 57 y ss. Lo indicado en el texto vale solo para el proceso declarativo. Siendo más generales, habría que decir que la posibilidad de apelar “sin efecto suspensivo” de los autos constituye una garantía del debido proceso (de todo proceso, es decir no solo del declarativo sino también del ejecutivo y del cautelar). Así lo tengo dicho en mi *Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso*, en *Advocatus*. Nueva Epoca, N° 9, 2003, p. 395 y ss.

⁴⁸ Tal como lo decía SATTÀ, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1970, p. 397, “El término de impugnación es la calificación genérica de los múltiples remedios que se dan contra los actos jurídicos: en efecto impugnar no significa otra cosa, latinamente, que contrastar, atacar y por consiguiente la impugnación no tiene en sí y por sí tipicidad alguna”. En esa misma línea, en la voz *Impugnazione (diritto processuale civile)* de la *Enciclopedia del diritto*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 697, el jurista sardo nos dirá que impugnar “no significa etimológicamente otra cosa que contrastar, atacar, y por tanto donde haya un reparo [*doglianza*] contra una resolución hay una impugnación, cualquiera que sea el medio y el nombre con el cual el reparo se concrete (recurso,

de promover un nuevo juicio sobre lo conocido y decidido por el primer juez o más bien la mera revisión de la corrección de la resolución impugnada, que es lo que no está para nada claro en el CPC⁴⁹.

6. “Modelos” de organización judicial y “modelos” de apelación

Una de las notas características que ha acompañado la secular historia de la apelación es el que ésta no solo debía estar dirigida a un órgano *distinto* del que había emitido la decisión impugnada, sino que aquel debía ser un órgano *jerárquicamente superior*. Es más, la aparición y consolidación de la apelación misma fue el factor determinante de la institucionalización de una jerarquía burocrático-judicial, en cuyo vértice se encontraba —según los tiempos— el Emperador o el Monarca absoluto, cual depositario “original” de todos los poderes⁵⁰.

reclamación, oposición, etc.). Específica no es la impugnación en sí y por sí, sino el particular medio que recibe su individualidad por el vicio que la ley ha previsto, o por la particular estructura del procedimiento, o por la posición del sujeto, etc.”. La observación sattiaiana está enderezada a cuestionar la distinción de Calamandrei entre medios de impugnación y medios de gravamen (sobre la cual v. *La Cassazione civile*, II, cit., ns. 87-88).

⁴⁹ Lo dicho en el texto tiene un “blanco”: la general exigencia de fundamentación de la apelación contenida en el art. 366 CPC. Esta exigencia no se concilia con un recurso con función promotora de un nuevo juicio por parte de un segundo juez sobre lo conocido por un primero. Y se concilia mucho menos si ella viene concebida por la ley como “requisito de procedencia” del recurso (v. art. 358 y 367). En efecto, la fundamentación (en los términos del art. 366 CPC) como requisito de “procedencia” de un recurso es propia de aquellos que solo pueden basarse en las causales expresamente señaladas por la ley (*id est*, entre nosotros, con toda claridad el recurso de casación *ex art.* 386 CPC). En tales casos la fundamentación es requisito de “procedencia” porque el recurso no puede sino “fundarse” en alguno de los motivos legales. Si, en cambio, se funda en otros simplemente no procede. Y ello no ocurre con la apelación, al menos con aquella “devolutivo-sustitutiva”, que simplemente exterioriza la no aceptación de lo decidido (no se olvide que “apelar” viene del verbo latino “*appellare*”, que literalmente significa “llamar”) y de la voluntad de querer el nuevo pronunciamiento del segundo juez. En tal sentido, la indicación de los “errores” (se entiende, *in iudicando*) cuando lo que se apela es una sentencia, es del todo ajena a la apelación, pues en estos casos ella funge de medio para provocar la ulterior instancia, o sea para obtener un nuevo enjuiciamiento de la controversia por un juez distinto del primero. Tal como lo decía (en tiempos “clásicos”) Calamandrei, “el derecho de apelar no está dado en cuanto la sentencia apelada sea defectuosa sino en cuanto la sentencia apelada es de primer grado” (así en *Appello civile*, cit., p. 731). Y lo propio debe decirse cuando con la apelación se impugnen autos: desde el momento que el legislador los ha hecho apelables, serán las cuestiones incidentales resueltas en ellos las que serán objeto de enjuiciamiento por parte del juez *ad quem* y no el simplemente si ellos padecen de tal o cual *error in iudicando*. Por tanto, la exigencia de fundamentación puede tener sentido solo cuando la apelación funcione cual “querrela de nulidad”, es decir cuando ella sirva de medio para hacer valer *específicos* vicios *in procedendo* que a criterio del recurrente invalidan la resolución, tal cual el recurso de casación por la causal tercera del art. 386 CPC.

De allí mi discrepancia con lo sostenido, en el inmediato de la promulgación del CPC vigente, por MONROY GÁLVEZ, *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*, hoy en *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, Comunidad, Lima, 2003, p. 203, en el sentido de que la fundamentación del vicio o error es “tal vez” el más importante requisito de procedencia de *cualquier* recurso, en cuanto “la alegación específica que haga el recurrente, es el mejor sustento para el reexamen de la resolución” y cuya ausencia o superficialidad “puede determinar que el órgano superior no conceda el recurso, más exactamente que lo declare improcedente”. El error, en mi concepto, está en considerar que *todos* los “medios de impugnación” previstos por el CPC tienen por objeto el “reexamen de la resolución”. Si ello es claro en el caso del recurso de casación, que efectivamente tiene por objeto el *examen* (no el “re-examen”) de la resolución impugnada a fin de determinar si padece o no del vicio invocado por el recurrente, no necesariamente lo es tratándose de la apelación “devolutivo-sustitutiva”, en la que efectivamente el apelante pide un “re-examen” (no de la “resolución” sino) de lo resuelto en ella (pretensión o cuestión). Que, luego, el apelante “fundamente” el porqué debe dársele la razón, está en su interés por cuanto debe convencer al otro juez de que efectivamente la tiene, pero ello no tiene por qué condicionar la “procedencia” del recurso.

⁵⁰ Señala PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Giuffrè, Milano, 1967, p. 3 y s., que “La admisión de la apelación comporta, en primer lugar, una forma de control sobre los jueces, a través del

De allí que en los albores del Estado de Derecho fundado en la separación de poderes, no pocas reservas se formularon al mantenimiento del instituto en cuanto se le consideraba expresión del despotismo monárquico que se trataba de desterrar⁵¹. Pese a que las instancias de radical supresión de la apelación no llegaron jamás a puerto (tanto que no hay país que no la contemple), el que ella se promueva siempre ante un juez “superior”, cuya decisión se *impone* sobre la del “inferior”, ha sido considerada como un relicto de una concepción autoritaria y jerárquica de la jurisdicción y del Estado⁵², incompatible con un modelo de organización judicial basado en la independencia de cada juez.

Esta observación, que más que a la mera existencia de un remedio como la apelación atiende al cómo se organizan y coordinan los diversos órganos jurisdiccionales en un Estado de Derecho, parece no haber siquiera rozado las mentes de los redactores del Código vigente, tanto es así que el art. 364 CPC, con toda tranquilidad, señala que el competente para “el examen” de la resolución apelada es el “órgano jurisdiccional superior”.

Tal expresión (juez “superior”) es efectivamente propia de una concepción jerarquizada y burocrática de la magistratura, poco conciliable con una organización judicial fundada en la independencia funcional de cada juez, es decir, en la existencia de un cuerpo estable de jueces que, aunque estructurados por “niveles”, se distinguen entre ellos solo por las diversas competencias que les atribuye la ley, sin que, como consecuencia, se puedan establecer vínculos de subordinación entre los jueces de base (los que actúan como órganos de primera instancia) y los de los sucesivos niveles en que se estructura la organización judicial⁵³.

reexamen de su actividad promovida por el recurso de la parte vencida. Se comprende así como la apelación esté presente en ordenamientos que conocen una incidencia efectiva del poder central: se piense en el ordenamiento del tardo imperio, o en la edad de los Estados absolutos. La apelación es el fruto de una estructura judicial jerárquica, pero es al mismo tiempo un medio para hacer efectiva la supremacía del centro sobre los jueces periféricos. Ni tal control concierne solamente a los jueces: en un mundo en el cual está ausente la división de poderes y por tanto la distinción entre jueces y funcionarios, e incluso entre potestades civiles y militares, el control sobre los jueces es también, indirectamente, control sobre todas las autoridades subordinadas”.

⁵¹ Tal fue la posición de muchos miembros de la Asamblea Nacional revolucionaria francesa, la que, sin embargo (como recordado en la nota 9), optó por el mantenimiento de una única apelación. Hay que recordar, además, que en la Ley del ordenamiento judicial del 24 de agosto de 1790, sancionada por la Asamblea francesa, se introdujo una del todo particular apelación “recíproca”, en virtud de la cual la sentencia dictada en primera instancia por un Tribunal de Distrito era apelable “horizontalmente” ante otro Tribunal de Distrito. El sistema de las apelaciones “recíprocas” fue suprimido por Ley del 27 ventoso del VIII año republicano (18 de marzo de 1800), introduciéndose los Tribunales de Apelación, funcionalmente competentes para conocer de todas las apelaciones.

⁵² Cfr. PIZZORUSSO, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, en *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 33 y ss., y la respuesta de ALLORIO, *Sul doppio grado del processo civile*, en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Giuffrè, Milano, 1979, p. 1804 y ss. Entre nosotros, cfr. PRIORI, *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*, en *Advocatus. Nueva Época*, N° 9, 2003, p. 405 y ss. especialmente p. 410, y mi respuesta *Impugnaciones «injustas»: una abstracta polémica y un concreto caso*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 66, marzo 2004, p. 83 y ss.

⁵³ Recuérdese que si bien el art. 232 de la Constitución de 1979 (que es la que estaba vigente cuando se redactó la LOPJ vigente y el CPC 1993) establecía que “La potestad de administrar justicia (...) [s]e ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario” en su art. 237, tras establecer cuáles eran los “órganos de la función jurisdiccional”, precisaba en su párrafo final que “[c]ada uno de los órganos [jurisdiccionales] es autónomo en el ejercicio de sus funciones”. Ergo, tanto el CPC como la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1991 debieron haberse ajustado a este postulado y desterrar todo rezago de “subordinación jerárquica” entre los diversos niveles de la organización judicial. Como se dirá en la nota 56, ello no ha sido aún logrado.

A la luz de esta observación, hay que considerar que cuando el art. 364 CPC alude al “órgano jurisdiccional superior”, está simplemente haciendo referencia al órgano jurisdiccional que ocupa el “nivel” siguiente en la “estructura” judicial (por lo que se trataría de una mera superioridad “topográfica”), sin que ello deba implicar ninguna subordinación del primero frente al segundo.

Ahora, para ubicar a tal juez hay que remitirnos a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así cuando la primera instancia se ha llevado (o se lleva) ante:

- a) un Juez de Paz, el juez de apelación es el Juez de Paz Letrado (primer párrafo del art. 59 LOPJ, como modificado por la Ley N° 28434, del 28/12/2004);
- b) un Juez de Paz Letrado, el juez de apelación es el Juez especializado (primer párrafo, *in fine*, del art. 59 LOPJ, como modificado por la Ley N° 28434, del 28/12/2004 e inc. 5° del art. 49 LOPJ);
- c) un Juez Especializado (Civil, de Familia o Mixto), el juez de apelación es la Sala de la Corte Superior que corresponda a la materia (inc. 1 del art. 40 e inc. 1 del art. 43-A LOPJ);
- d) una Sala de Corte Superior, el juez de apelación es la Sala Civil de la Corte Suprema (inc. 1 del 33 LOPJ).

Por tanto, a excepción del Juez de Paz, todos los demás órganos jurisdiccionales son potenciales jueces de apelación.

Un aspecto a tener en cuenta, es que el juez de apelación es aquél cuya competencia territorial comprende a aquella área geográfica en la que el juez de la primera instancia ejerce sus funciones jurisdiccionales. Por tanto, bien se puede decir que el juez de apelación más que un “superior” es un juez “mayor”, o sea un juez con una competencia territorial “más ancha” que comprende también (territorialmente) a la de aquella del juez inicial.

Sin embargo, la regla de la diversidad de “nivel” que quiebra cuando nuestro ordenamiento atribuye competencia de primera instancia a la propia Corte Suprema⁵⁴. Es así que cuando ella se desarrolla ante una Sala Civil de la Corte Suprema (se piense en el proceso de responsabilidad civil de los magistrados superiores o supremos, art. 511 CPC), el juez de apelación es la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema misma (inc. 7 del art. 35 LOPJ).

Otro aspecto a evidenciar atañe a la composición de los diversos órganos jurisdiccional a los que la ley le atribuye la competencia de apelación. Como sabemos en nuestra actual organización judicial existen órganos jurisdiccionales unipersonales (Juzgados de Paz, de Paz Letrados y Especializados) y órganos colegiados (Salas Superiores y Supremas). Pues bien, conforme a las reglas vistas cuando la primera instancia se haya llevado (o se lleve) ante un Juez de Paz o de Paz Letrado el Juez de apelación es un Juez Especializado, es decir otro juez unipersonal. En cambio, cuando la primera instancia se haya llevado (o se lleve) ante un Juez Especializado el juez de apelación es una Sala Superior que es un órgano colegiado compuesto por tres magistrados (inc. 2 del art. 38 LOPJ). A su vez, cuando la primera instancia se haya

⁵⁴ En el sentido de que sea inoportuno atribuirle al órgano de vértice de nuestra organización judicial funciones de juez de primera instancia (y de juez de apelación), cfr. mi *Corte Suprema de la República: ¿órgano jurisdiccional?*, en *Jus. Doctrina & Praxis*, enero 2008, p. 265 y ss.

llevado (o se lleve) ante una Sala Superior el juez de apelación es una Sala Suprema, órgano colegiado compuesto por cinco magistrados (art. 30 LOPJ). *Ergo*, en estos casos frente a una primera instancia llevada ante un órgano jurisdiccional compuesto de tres magistrados, el procedimiento de apelación es conocido por un órgano jurisdiccional compuesto de cinco. Finalmente, cuando la primera instancia haya llevado (o se lleve) ante una Sala Suprema, compuesta, como apenas dicho de cinco magistrados, el juez de apelación es otra Sala Suprema compuesta por igual número de magistrados.

De estos datos es fácil advertir que el legislador no ha seguido ningún “padrón” numérico al establecer el juez competente para conocer de las apelaciones, pues hay casos en los que siendo el primer juez un órgano unipersonal, el de apelación lo es también; en otros, en cambio, el juez de apelación no solo es colegiado sino que tiene una composición numérica mayor a la de aquella del primer juez; y en otros más, es igualmente un órgano colegiado pero con idéntica composición numérica a la del primer juez⁵⁵.

Por tanto, resulta evidente que en nuestro ordenamiento solo en línea de tendencia el juez de apelación es un juez “mayor” (en la estructura judicial y en su composición).

Con todo, según nuestra actual organización judicial, por cada juez que conoce del proceso en su primera instancia, existe un juez competente para conocer de la apelación de sus resoluciones.

Quién sea tal juez está librado a lo que disponga la ley, sin que legítimamente debiera discurrirse de él como un “superior jerárquico” del primero.

7. Reflexiones conclusivas

Cuando se demuele un edificio con la intención de construir otro, hay que tener el cuidado de que el nuevo esté mucho mejor diseñado que se el se pretende sustituir. Me temo que ello no ha ocurrido tratándose del “edificio” levantado por el CPC vigente. Ello es particularmente evidente tratándose de la apelación. Baste pensar que en el inmediato de su promulgación lo máximo que nos dijo su principal autor fue que “el recurso de apelación es probablemente el más popular de todos los recursos” (!), cuyas notas características serían, por un lado, el que esté “concebido para afectar a través de él autos y sentencias” (!) y, por el otro, el que se pueda interponer “contra una resolución o parte de ella” (!)⁵⁶.

Ergo, con ideas tan “claras” sobre las “características” que distinguen a la tan “popular” impugnación, es comprensible que en la regulación del CPC tengamos bajo el nombre común de apelación todo un conjunto de recursos, cada uno de ellos con serios problemas de “identidad”.

A ello se suma el que la regulación de la apelación del CPC esté montada sobre una ambigua organización judicial que no logra aún librarse de los verticalismos del pasado.

En esa línea, aunque parezca una paradoja histórica, mientras más nos alejemos de nuestro tradicional modelo procesal de “apelación-nuevo juicio” y más nos acerquemos al modelo de la “apelación-revisión” (como parecería ser la tendencia del CPC), más tenderemos a anclarnos en

⁵⁵ Recuérdese que durante la (corta) vigencia de la súplica prevista en el Código de Enjuiciamientos de 1852 (v. *retro* n. 2), la Sala Superior que conocía en “revista” debía tener una composición numérica mayor de aquella que había conocido “en vista” (v. nota 21). *Ergo*, en aquellos tiempos se tenían ideas más claras que las de hoy, en cuanto el juez de la instancia sucesiva debía tener una composición más “ancha” que la precedente.

⁵⁶ Así MONROY GALVEZ, *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*, cit., p. 206.

un modelo burocrático de organización judicial, con la consecuente inclinación del juez de apelación a considerarse un mero “controlador” de la actuación de su “subordinado”⁵⁷ y no un juez institucionalmente establecido para hacerle justicia a las partes que así se lo piden (incluso con materiales distintos de los que sirvieron de base para resolver al juez inicial), que es en definitiva el élan vital de la vieja apelación y que nuestro confuso CPC no ha logrado para nada vigorizar.

⁵⁷ A ello pone su “cuota” la LOPJ de 1991, una ley pese a que debió ser de actuación de la directiva establecida en el párrafo final del art. 237 de la Constitución de 1979, en los artículos 207 y 208 estableció que es el “*superior inmediato*” quien debe aplicar las sanciones de apercibimiento y multa a un magistrado. Tales sanciones, según el art. 213 LOPJ, se imponen sin procedimiento disciplinario previo, cuando, durante “el conocimiento de los procesos o medios impugnatorios”, advierta “irregularidades o deficiencias en la tramitación de los procesos”. Por tanto, *todos* los “medios impugnatorios” (*ergo*, no solo la apelación) planteados por las partes, resultan siendo también medios de control del “superior inmediato” sobre la actuación del “inferior”, con posibilidad de imponerle una sanción disciplinaria. Es decir, subordinación jerárquica pura. No está de más decir que la independencia funcional de los jueces implica que las funciones disciplinarias estén encomendadas a órganos distintos de aquellos encargados de la labor jurisdiccional. Téngase en cuenta además que la LOPJ está tan lejos de la plasmación de la no subordinación jerárquica en el ámbito judicial, que en el inciso 3 del art. 201 LOPJ considera supuesto de responsabilidad disciplinaria el que un magistrado injurie “*a los superiores jerárquicos, sea de palabra, por escrito o por medios de comunicación social*”.