

# LOS LÍMITES AL DERECHO DE IMPUGNACIÓN EN GENERAL Y LA APELACIÓN EN PARTICULAR: UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EFECTIVA TUTELA JURISDICCIONAL

HERNÁN JORDÁN MANRIQUE\*\*

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex miembro de la Asociación Civil Foro Académico.

**Sumario:** I. Introducción II. Aspectos conceptuales: teoría de la impugnación en general 1. El derecho de impugnación 1.1. La finalidad de la impugnación. ¿Qué se encuentra realmente detrás de ella? 1.2. Objeto de la impugnación. ¿Cuál es el alcance de la presente institución? 2. Fundamento del derecho de impugnación 2.1. La doble instancia: ¿principio general o decisión del legislador? 2.2. El derecho a la doble instancia a través de los instrumentos internacionales y nuestro Tribunal Constitucional 2.3. La doble instancia y su relación con los principios procesales de economía y celeridad 3. El derecho de impugnar y la tutela jurisdiccional efectiva 3.1. Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional 3.2. El derecho de impugnación como manifestación del derecho de defensa 3.3. La tutela jurisdiccional efectiva y su finalidad, ¿puede primar por sobre el derecho de impugnar? III. La apelación como principal manifestación del derecho a impugnar y sus peculiaridades en nuestro ordenamiento procesal 1. Resoluciones apelables: manifestación plena del derecho de defensa y a la doble instancia 1.1. Requisitos de la apelación en nuestro ordenamiento procesal y su correlación con la teoría general 1.2. Los alcances de la apelación según el Código Procesal Civil peruano 1.3. A manera de ejemplos y una propuesta discutible 2. Para concluir: resoluciones inimpugnables, ¿violación a la doble instancia o primacía de otros principios procesales? 2.1. Visión crítica de la apelación sin sentido 2.2. ¿Celeridad y economía procesal vs. el valor justicia? 2.3. A manera de ejemplos IV. A manera de conclusión 1. Las razones para limitar el derecho de apelación (impugnación): lograr alcanzar una efectiva tutela 2. Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en aras de lograr la finalidad.

## I. Introducción

El presente trabajo se denomina: «*Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional*». En ese sentido, tiene por finalidad analizar el contenido mínimo del derecho de toda persona a impugnar, comprendiendo de esta manera sus correspondientes límites, y por consiguiente, su estrecha vinculación al derecho a la doble instancia judicial y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Tanto la Constitución Peruana de 1979, como la Constitución vigente de 1993, recogen respectivamente a la doble instancia como una garantía de la administración de justicia, o como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Así pues, se cree que el derecho a la doble instancia o pluralidad de instancias se convierte en una de las garantías o derechos mínimos exigibles con los que cuenta toda persona para poder gozar, ya sea de un debido proceso, como del derecho a recibir una adecuada tutela jurisdiccional efectiva.

Tradicionalmente se puede considerar al derecho a la pluralidad de instancias como el análisis o examen de un mismo asunto por dos grados jurisdiccionales distintos; y coincidiendo con toda la doctrina, se atribuye el fundamento de la existencia de la doble instancia, a un fundamento meramente psicológico, el cual consistiría en intentar evitar el posible error humano. Se dice por ello que la impugnación nos lleva a una mayor y mejor justicia. El presente trabajo busca demos-

trar que dicha afirmación no es absoluta, y por ende no lo es el derecho a la doble instancia, y la correspondiente institución de la impugnación.

Nuestro ordenamiento procesal recoge una serie de actos inimpugnables. ¿Ello obedece a los límites razonables que tiene una institución como la impugnación? o el impedir por completo la posibilidad de impugnar, o el no regularla de manera absoluta, ¿son por el contrario claras contradicciones a la garantía denominada pluralidad de instancias? Debe buscarse una adecuada regulación de los medios impugnativos consiguiendo que los particulares se encuentren posibilitados de ejercer su derecho de defensa y obtener una tutela eficaz de sus intereses. Sin embargo, ello no puede acarrear, aunque suene paradójico, indefensiones y mayores complejidades al proceso.

Se dice que de qué tutela jurisdiccional efectiva podríamos hablar si es que no se le permite al particular impugnar una decisión judicial, y por tanto lograr que el Poder Judicial dé un nuevo pronunciamiento sobre la controversia puesta a su decisión. Ante qué tutela jurisdiccional efectiva nos encontraríamos si es que se impide que el particular pueda «reclamar» algo que considera ilegal o injusto.

Ello es totalmente cierto, pero es evidente que hoy en día la posibilidad de recurrir decisiones judiciales es una herramienta utilizada por abogados y demás operadores del Derecho para desnaturalizar un proceso, dilatándolo hasta muchas veces tornarlo insuficiente o ineficaz para el particular que acudió a solicitar tutela del Estado. ¿Es qué en estos casos no se vulnera también el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva?

\* A mis padres y hermana.

- A Karina, mi vida y compañera.

La impugnación, correlato del derecho a la pluralidad de instancias y al derecho de defensa, se funda en la misma necesidad de disminuir la posibilidad de injusticia basada principalmente en el error judicial, el cual si no es detectado y denunciado, da lugar a una situación irregular e ilegal que, por lo mismo, causa un agravio al interesado. La revisión de los actos afectados de algún vicio o error obedecen pues a un perjuicio inferido al impugnante derivado de la inobservancia de las reglas procesales, o de una errónea apreciación al resolver, de una decisión arbitraria o de una conducta por qué no, dolosa.

Sin embargo, reiteramos que la impugnación no es absoluta. Muchas veces entra en conflicto con otras instituciones procesales, incluso con el mismo valor justicia. Las siguientes líneas buscan precisamente encontrar esos límites; analizarlos y compararlos con nuestra actual legislación procesal. Intentando al final, brindar luces a un problema que toda persona que convive con nuestra administración de justicia observa lamentablemente de manera reiterada: el uso indiscriminado de la impugnación.

## II. Aspectos conceptuales: teoría de la impugnación en general

### 1. El derecho de impugnación

#### 1.1. La finalidad de la impugnación. ¿Qué se encuentra realmente detrás de ella?

El derecho de impugnación puede ser definido como aquel derecho abstracto con el que cuenta en un proceso toda parte del mismo para impugnar (entiéndase contradecir o refutar) una decisión judicial, con la cual no se encuentra de acuerdo, debido a que la misma le causa un agravio al encontrarse afectada de error o vicio, y que tendrá por objeto que se revoque o anule la decisión jurisdiccional.

Así pues, se dice que la impugnación materializada a través de los diversos medios impugnatorios que regula un ordenamiento procesal, da como producto determinados actos procesales de la parte que se estime agraviada por un acto de resolución de un Juez o de un Tribunal, por lo que acudirá al mismo o al superior, pidiendo que se revoque él o los actos gravosos, siguiendo el procedimiento legal previsto.

Empero, debe entenderse desde un inicio que la impugnación no puede ser absoluta; y, en ese sentido, adquiere relevancia comprender la finalidad de este derecho a impugnar a fin de no tomar a la impugnación como una institución ilimitada y muchas veces sobrevalorada, lo cual puede dar como resultado, al permitirse a las partes impugnar toda decisión judicial, procesos bastos, extensos e ilíricos, donde la efectiva tutela jurisdiccional brille por su ausencia.

¿Qué se encuentra entonces detrás del derecho de impugnación? ¿A qué se debe su existencia y defensa a ultranza por determinados autores? ¿La impugnación absoluta es sinónimo de una mayor justicia?

Con relación a este punto, Juan Monroy Gálvez señalaba lo siguiente cuestionándose acerca del fundamento filosófico o finalidad de la impugnación: «Podría cuestionarse, con relativo sustento, cuál es la razón por la que una decisión judicial obtenida en base a un

proceso regular y con una actuación probatoria plena, deba ser nuevamente examinada, si la parte a quien la decisión no le favorece lo solicita»<sup>1</sup>.

En el fondo, la mayoría de autores alega que la impugnación se funda en la necesidad de disminuir la posibilidad de injusticia, basada principalmente en el error judicial, el cual, si no es denunciado oportunamente, da lugar a una situación procesal irregular que por lo mismo, causa agravio al interesado. Debe tenerse en cuenta entonces desde un principio dos ideas básicas: la posibilidad siempre latente de error judicial y la idea de agravio.

El mismo Juan Monroy Gálvez, respondiendo al cuestionamiento indicado, señala que: «(...) el fundamento del nuevo examen no admite duda. Juzgar es una actividad humana, en realidad es algo más que eso, es la expresión más elevada del espíritu humano; de alguna manera es el acto realizado por el hombre que más se acerca al quehacer divino. (...). A pesar de su importancia, su carácter relevante aparece contrastado por el hecho que sólo es un acto humano y, por lo tanto, pasible de error. Siendo así, se hace necesario e imprescindible que tal acto pueda ser revisado por otros seres humanos, teóricamente en mejor aptitud para apreciar la bondad de la decisión, sea para ratificarla (confirmarla) o desvirtuarla (revocar-la)»<sup>2</sup>.

Por otro lado, Alberto Hinojosa Minguez señala lo siguiente: «La impugnación tiene por finalidad la revisión del acto procesal impugnado, ya sea por el órgano jurisdiccional superior o por el magistrado que conoce en primera instancia del proceso, a fin de que sea corregida la irregular situación producida por el vicio o error denunciados, (...)»<sup>3</sup>.

Como puede apreciarse, la finalidad de la impugnación estaría enfocada hacia la posibilidad de corregir el error humano y natural de un juez al momento de decidir. El fundamento estaría en un aspecto psicológico, puesto que es la posibilidad del error lo que justificaría la existencia del derecho de las partes a impugnar una decisión judicial. Ello es cierto. La decisión errada de un juez lleva a un estado de indefensión para la parte afectada, y evidentemente nos encontraríamos ante un proceso inmerso en un estado de injusticia si esto no fuera posible de corregir.

Sin embargo, creemos que no es el elemento fundamental en la impugnación el potencial error en todo acto de decisión judicial. En efecto, el hecho que se efectúe una segunda revisión del asunto no trae como lógica consecuencia que no vaya a haber más errores. Quienes analizan el tema en una segunda instancia (o incluso en el caso que sea el mismo juez quien vuelve a analizar el tema) se encuentran en la práctica en la misma situación que el juez que expidió en primer lugar el acto materia de impugnación.

Ante esta objeción, dónde queda la tan exigida celeridad procesal, hoy principio fundamental para una adecuada tutela jurisdiccional?

<sup>1</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los Medios Impugnatorios en el Código Procesal Civil*. En: *Ius et Veritas* n° 5. Lima, 1992, pp. 21-31.

<sup>2</sup> *Ibid.*, Loc. Cit.

<sup>3</sup> HINOJOSA MINGUEZ, Alberto. *Medios Impugnatorios en el proceso civil*. Doctrina y Jurisprudencia. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

cional efectiva. Un proceso justo es aquel proceso sin dilaciones indebidas. La impugnación puede ser sinónimo de dilación. Si el tribunal de segunda instancia es el que predominará, por qué no entonces suprimir en determinados casos la primera instancia.

Debemos dejar en claro que no estamos en desacuerdo con la facultad de impugnar de las partes y la consiguiente pluralidad de instancias. Nuestra posición es, sin embargo, una posición crítica a aquellas voces que buscan llevar a un extremo absoluto la facultad de impugnar. Creemos que una adecuada tutela jurisdiccional, guiada por los principios de celeridad y economía procesal, permite limitar en determinados momentos o circunstancias el derecho de impugnación; y ello es perfectamente entendible, comprendiendo su verdadera finalidad.

Un correcto ejercicio de los medios impugnatorios tiene un límite cierto y relevante, cual es el no prolongar la pendencia del litigio hasta el punto que las expectativas de finalización de la parte que resulte vencedora sean inejecutables o líricas, pues la justicia que reciba será tardía una vez firme la resolución o decisión impugnada.

Por todo lo expuesto, creemos que el verdadero fundamento para el derecho de impugnar se encuentra en la existencia de un agravio o afectación trascendente a una o ambas partes del proceso. En otras palabras, al ser el actuar del juez un acto humano, y coincidimos en que es el más importante de todos como señala el profesor Juan Monroy, la posibilidad del error siempre estará latente; y por ello la finalidad de la impugnación no puede encontrarse tan sólo en contrarrestar este error mediante una nueva revisión del acto. Lo que se encuentra realmente detrás de la impugnación es el agravio. Un agravio real y efectivo. Ésta es su finalidad.

En el mismo sentido, Jaime Solé Riera: «(...), tomar como fundamento de los medios de impugnación la exclusiva referencia al posible error o injusticia de las resoluciones judiciales, plantea con frecuencia el problema de no poder traducir el error a términos objetivos; de ahí que resulte preferible atender a la idea de gravamen como base objetiva que obra a la vez como presupuesto del recurso. En este sentido, una resolución es recurrible fundamentalmente por resultar gravosa para la parte, independientemente de consideraciones subjetivas, como el considerarla errónea o no ajustada a derecho»<sup>4</sup>.

Esto nos lleva a concluir que no toda decisión judicial será impugnada. En efecto, si en cualquier providencia judicial, alguien podría alegar la existencia de un error o vicio, todas las impugnaciones tendrían que ser concedidas (lo cual llevaría a dilaciones indebidas y procesos eternos). Sin embargo, es precisamente la existencia o no del agravio lo que hace que en determinados ordenamientos procesales, como es el caso del peruano, se establezca que determinadas resoluciones son inimpugnables, o en todo caso, se concedan por ejemplo con efecto no suspensivo y calidad de diferidas.

Es decir, la trascendencia del posible agravio, o incluso la inexistencia del mismo, es el elemento a analizar en toda limitación al derecho a impugnar; y en ese sentido es que la finalidad de la institu-

ción bajo análisis no se encuentra sólo en la posibilidad del error humano del juez, sino fundamentalmente en la existencia del agravio. Por tanto, la finalidad de la impugnación, más que en corregir el error, se encuentra en subsanar, remediar o enmendar el agravio generado en las partes del proceso. El error o vicio es la base de la impugnación, pero su finalidad es contrarrestar el injusto agravio ocasionado.

Este es el criterio que seguiremos fundamentalmente en la segunda parte de este trabajo, donde profundizaremos más en nuestro ordenamiento procesal civil, y donde comprobaremos que muchas de las resoluciones que son declaradas inimpugnables (o gozan de una impugnación limitada) por nuestro Código Procesal Civil, no constituyen violaciones al derecho a impugnar, y por ende no vulneran el «principio» a la doble instancia cuya naturaleza también se analizará más adelante.

## 1.2. Objeto de la impugnación. ¿Cuál es el alcance de la presente institución?

El objeto de la impugnación es toda decisión judicial que sea en efecto posible de recurrir. En otras palabras, el objeto de la impugnación es el acto procesal que adolece de vicio o defecto y que el ordenamiento procesal permite su impugnación. Por lo general, aunque no siempre, se tratará de resoluciones propiamente dichas, las mismas que serán revisadas por el órgano superior jerárquico a fin de determinar si procede o no la impugnación.

Demás está desarrollar que la impugnación contra la decisión judicial podrá ser efectuada de manera parcial o total. Es decir, el acto procesal podrá contar con un error o vicio que invalide total o parcialmente al mismo, y en ese sentido, la solicitud de impugnación del justiciable también podrá ser total o parcial.

El fenómeno se da básicamente de la siguiente manera. Se inicia todo con la identificación de un error o vicio en un acto jurisdiccional, la posterior denuncia por parte de los justiciables a través de un medio impugnatorio, la posterior revisión de ello por el mismo u otro juez para verificar si efectivamente se ha incurrido en el vicio o error, y la posterior decisión al respecto. Qué justifica todo este desarrollo: el agravio producido en una de las partes o tercero legitimado.

En relación con el acto procesal inválido, objeto de la impugnación, y sus posibles yerros, Carlo Carli señala que: «El error (...), desde el punto de vista de la función del juez, puede afectar un doble orden de intereses: o en un error en la apreciación de la norma jurídica aplicable al caso o es un error en la tramitación procesal del proceso. En el primer caso, el error consiste en la aplicación de la norma jurídica, y entonces afecta la justicia de la sentencia: error in iudicando. En el segundo caso, el error consiste en el apartamiento o quebrantamiento de las formas procesales establecidas, y entonces afecta la validez (formal) de la sentencia: error in procedendo»<sup>5</sup>.

En nuestra opinión, el error *in iudicando* o error en estricto, es un error del juez que lo lleva a aplicar una norma jurídica que no era aplicable al caso concreto. En dicho error puede haber la indebida aplicación, tanto de una norma material como procesal.

<sup>4</sup> SOLÉ RIERA, Jaime. *Recurso de apelación*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal Nº 2. pp. 571-584.

<sup>5</sup> CARLI, Carlo. *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965.

El error *in procedendo* o vicio propiamente dicho, es por el contrario un error en el procedimiento (de allí que algunos autores lo denominen error de actividad); es decir, un error que se produce debido no a la indebida aplicación de una norma procesal, sino a la afectación de una norma procesal esencial<sup>6</sup>. Creemos que en ese último error se encontraría también la indebida apreciación de los hechos (error en la apreciación o evaluación de los mismos), constituyéndose un vicio al emitirse una sentencia irregularmente motivada.

Todo esto nos lleva una vez más a afirmar que lo primordial de la impugnación es el agravio y de allí su finalidad, pues en el fondo el alcance de la impugnación con relación al objeto de la misma (en otras palabras, hasta dónde puede ir la impugnación con relación a la decisión del juez), se encuentra limitada por el mismo contenido de la impugnación en sí. Como vemos, adquiere mayor relevancia el agravio desarrollado y explicado por la parte afectada, que el correspondiente error o vicio de la decisión judicial objeto de la impugnación.

No desarrollamos por el momento el alcance de la apelación en sí, como medio impugnatorio por excelencia, y en particular lo estipulado en nuestro Código Procesal Civil, específicamente lo relacionado al efecto devolutivo, lo cual será materia de discusión más propiamente dicho, en el siguiente capítulo del presente trabajo. Nos limitamos tan sólo a esgrimir una importante distinción entre los alcances de la apelación y su vinculación con el «principio» de la doble instancia, el mismo que será desarrollado en el siguiente apartado.

Así pues, se ha dicho que en estricto, podemos hablar de apelación o impugnación plena, cuando siempre se pueda aportar al juez de segunda instancia, tanto materiales nuevos con relación a los aportados en primera instancia, como completar o ejercitar nuevas acciones de las ya actuadas ante el juez *a quo*; por el contrario, estaremos ante una apelación limitada cuando la actuación del tribunal *ad quem* queda restringida a la revisión de los mismos materiales expuestos ante el juez de primera instancia.

El objeto de la impugnación es, pues, el acto procesal del juez mediante el cual ha tomado una decisión supuestamente válida, produciendo sin embargo con la misma un agravio a una de las partes o a ambas, legitimándolas por tanto a interponer los correspondientes medios impugnativos que regula un ordenamiento a fin de salvaguardar la justicia en el proceso y los intereses particulares.

## 2. Fundamento del derecho de impugnación

### 2.1. La doble instancia: ¿principio general o decisión del legislador?

Se dice que el fundamento del derecho de impugnación se encuentra en el principio o derecho a la doble instancia. La doble instancia puede ser definida como una fase particular del proceso, que se lleva ante un órgano jurisdiccional distinto y superior al que dictó el acto objeto de impugnación, y que se abre siempre mediante la interposición de determinado medio de impugnación.

<sup>6</sup> La distinción entre los dos (2) tipos de errores, *error in iudicando* y *error in procedendo*, fue señalada en un inicio por el jurista italiano Piero Calamandrei, y la doctrina ha venido desarrollando la distinción a lo largo del tiempo, estableciéndose hoy en día que dentro del *error in iudicando* se encuentra también la indebida aplicación de una norma procesal, y al hablar de *error in procedendo* hablamos propiamente de un vicio y no de un error.

Del concepto glosado podemos inferir en primer lugar que la doble instancia no puede ser en estricto el fundamento de la impugnación en general. En efecto, recordemos que la impugnación no implica en todos los casos la elevación de la controversia a un órgano superior de la administración de justicia. Basta citar como claros ejemplos en nuestro Código Procesal Civil, el Recurso de Reposición regulado por los artículos 362<sup>9</sup> y 363<sup>97</sup>, así como la confusa institución de la Nulidad Procesal<sup>98</sup>.

Sin embargo, y en vista a que la apelación, medio impugnatorio por excelencia, es la base del presente trabajo en su segunda parte, analizaremos en este apartado a la doble instancia como posible fundamento de la apelación en particular. Es decir, se debe comprobar si la existencia potencial de una segunda instancia brinda como consecuencia ineludible que toda decisión sea impugnabile. Adelantamos que en nuestra opinión, si bien la doble instancia es un principio fundamental en determinados tipos de procesos, no es un principio absoluto que traiga como correlato su utilización en toda controversia o incidente que pueda darse en un proceso.

En relación con el derecho a la doble instancia o pluralidad de instancias, debemos señalar que el mismo guía en determinadas oportunidades a nuestro proceso civil (específicamente el caso de las sentencias definitivas o resoluciones que ponen fin a la instancia). Sin embargo, no se da en todos los casos, y prueba de ello son las innumerables resoluciones expedidas por un juez que tienen el carácter de inimpugnables (o en todo caso, los ejemplos de apelaciones diferidas). Ello, como veremos a continuación, y reservándonos la posibilidad de efectuar un análisis particular de algunos casos más adelante, no constituye en principio ninguna violación a derecho alguno de las partes.

Tanto la Constitución Peruana de 1979, como la Constitución vigente de 1993, recogen respectivamente el derecho a la doble instancia como una garantía de la administración de justicia, o como un principio y derecho de la función jurisdiccional. En efecto, ya la Constitución Peruana de 1979 establecía como garantía de la administración de justicia el principio de la instancia plural (artículo 233<sup>99</sup> inciso 18).

Asimismo, la actual Constitución de 1993 establece lo siguiente en su artículo 139<sup>o</sup>: «Art. - 139<sup>o</sup>.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...). 6. La pluralidad de la instancia. (...)».

<sup>7</sup> «Artículo 362<sup>o</sup>.- Procedencia.- El recurso de reposición procede contra los decretos a fin que el juez los revoque.»

«Artículo 363<sup>o</sup>.- Trámite.- El plazo para interponerlo es de tres días, contado desde la notificación de la resolución. Si interpuesto el recurso el juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es notoriamente inadmisibile o improcedente, lo declarará así sin necesidad de trámite. De considerarlo necesario, el juez conferirá traslado por tres días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella. Si la resolución impugnada se expidiera en una audiencia, el recurso debe ser interpuesto verbalmente y se resuelve de inmediato, previo traslado a la parte contraria o en su rebeldía. El auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnabile.»

<sup>8</sup> Decimos confusa institución porque no hay consenso entre los autores con respecto a la naturaleza impugnativa o no de la nulidad procesal. Al respecto, puede revisarse a ARRARTE, Ana María. *Alcances sobre el tema de la nulidad procesal*. En: *Ius et Veritas* N° 11; DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Tomo I. Recursos Ordinarios. Segunda Edición Actualizada. Buenos Aires: Universidad, 1999; del mismo autor *Nulidades Procesales*. Segunda Edición actualizada. Buenos Aires: Universidad, 2001; MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades Procesales*. Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2001.

Se dice que el reconocimiento constitucional del derecho a la pluralidad de instancias coloca al derecho bajo análisis en un mismo nivel que otras garantías propias de la función jurisdiccional como pueden ser a manera de ejemplos, el derecho al juez natural, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales, el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, etc.

Por otro lado, el propio Código Procesal Civil establece en el artículo X de su Título Preliminar que: «Art. X.- *Principio de doble instancia.- El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta*».

Estas consagraciones de la doble instancia a nivel constitucional y legislativo han llevado a algunos autores a afirmar que en todo el devenir de un proceso civil, la doble instancia debe ser respetada en absoluto, permitiendo a las partes impugnar todo acto jurisdiccional. Ello como se apreciará más adelante es incorrecto, debido a la forma en que se ha plasmado el derecho a recurrir decisiones judiciales en los instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte. Sin embargo, la plasmación constitucional de este derecho a la doble instancia hace que Eugenia Ariano Deho afirme lo siguiente: «*Así las cosas, lo cierto es que en ambas disposiciones latía (y late) una directiva esencial para el legislador ordinario: no se podía (ni se puede) establecer proceso alguno a instancia única. (...) Luego, desde el punto de vista de nuestra Constitución (la que se quiera), es imperativo que en toda regulación del proceso exista la previsión de por lo menos un medio de impugnación que permita a la parte replantear lo resuelto ante otro juez*»<sup>9</sup>.

Para contrarrestar lo afirmado por la profesora Ariano, debemos comprender en primer lugar la verdadera naturaleza de los principios generales del Derecho, y por ende de los principios procesales, de los cuales, el «*principio*» de doble instancia sería uno de ellos. Partimos en este sentido, por una afirmación que parecerá contradictoria, los principios del Derecho no son absolutos. Los mismos deben ser interpretados de acuerdo al contexto de una sociedad en un momento determinado.

En efecto, los principios del Derecho son por lo general difíciles de entender, muchas veces densos, arduos, y en particular, opinables. Son pilares sobre los cuales se basa todo un ordenamiento, pero no son de ninguna manera pilares inmodificables o inmutables. Recordemos que el Derecho no es una ciencia estática, sino que por el contrario es dinámica, y esa característica se hace palpable sobre todo en el proceso, donde la tutela que ansía el justiciable debe ser efectiva.

Desarrollando con su peculiar prosa y estilo la teoría de los principios generales del Derecho, Juan Monroy Gálvez señala: «*Digamos primero que no son verdades inmutables e incontrovertibles originadas en un espíritu superior o en un grupo de sabios, capaces de desafiar la fuerza destructiva del tiempo y, por tanto, ser edificios victoriosos en medio de la ruina de una ciencia que cada día renueva sus contenidos. De hecho los Principios si apenas son concepciones*

*del Derecho que han tenido un importante reconocimiento en un momento histórico determinado, con la suficiente contundencia como para mantener su aceptación en sociedades y tiempos distintos a aquellos en los que tuvieron origen. Sin embargo, nada de lo dicho garantiza la bondad absoluta de su aplicación*»<sup>10</sup>.

Sabemos que nuestro Código Procesal Civil está influenciado por una noción publicística del proceso, y en ese sentido, se considera que lo relevante y trascendente en él es la función pública que cumple el Estado, tanto para hacer efectivo el Derecho, como para lograr la paz social en justicia. En otras palabras, los principios procesales recogidos en el Título Preliminar de nuestro Código Procesal Civil deben ser analizados en dicha perspectiva, al ser expresión de dicha tendencia, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación.

Hoy en día asistimos a un escenario en nuestro país donde la efectiva tutela jurisdiccional se encuentra en crisis. Ante ello, es indudable que el «*principio*» de la doble instancia debe ser entendido desde una perspectiva relativa y no absoluta. No podemos señalar que la impugnación es total en nuestro ordenamiento, sino que la misma puede verse limitada o incluso suprimida. Los principios de economía y celeridad procesal, fundamentales en la nueva perspectiva de una tutela jurisdiccional, y la efectividad que debe contener por naturaleza esta última, indican que este es el camino a seguir.

Y es que en nuestra opinión, la doble instancia en materia procesal civil parte más de una decisión de política legislativa, que del hecho de afirmar que se trata de un principio general absoluto del proceso civil. La plasmación constitucional no obsta a lo referido, pues la ubicación de un tema en una Constitución no lo coloca más allá de este mundo, pasando a convertirse en una verdad innegable. Entiéndase que decimos estas palabras con relación al proceso civil y no a todo proceso, razón que podrá ser apreciada al analizar lo que han plasmado al respecto los instrumentos internacionales correspondientes en el siguiente apartado.

Precisamente como política legislativa, la doble instancia podría ser matizada por el legislador, limitada e incluso suprimida, y ello no sería inconstitucional, siempre y cuando se cumplan requisitos de razonabilidad y proporcionalidad, y no se vulneren derechos fundamentales generándose por ejemplo un estado de indefensión en las partes.

En este mismo sentido Juan Monroy Gálvez, opinando sobre el tema de la doble instancia refiere lo siguiente: «*Sin embargo, conviene precisar que se ha elevado a rango constitucional un principio procesal cuya vigencia depende del sistema procesal que en cada país se haya acogido, es decir, se trata sólo de una opción. Pero, sobre todo, es bueno recordar que se trata de un principio que a la luz del proceso contemporáneo ha sufrido muchos embates. Así, son muchos los países en los que la necesidad de enfrentar una demanda masiva del servicio de justicia, especialmente a niveles patrimoniales poco considerables, ha determinado la regulación de vías procedimentales en donde el proceso se tramita en una sola y definitiva instancia*»<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *En defensa del derecho de impugnar en el proceso civil. Vicisitudes de una garantía incomprendida*. En: Derecho Procesal. Ponencias del II Congreso Internacional. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2002, pp. 147-158.

<sup>10</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992*. En: Themis nº 25. Segunda Época. Lima, Abril 1993, pp. 35-48.

<sup>11</sup> *Ibid.*, Loc. Cit.

Asimismo, Alberto Hinostraza Minguez parece aceptar que en este campo nos encontramos más ante una decisión política que ante un principio absoluto al describir a la doble instancia: «*La instancia plural o principio de doble instancia obedece a una concepción política encaminada a disminuir la posibilidad del error judicial. A través de la instancia plural se obtiene una mayor seguridad jurídica con el control que ejercen los diferentes órganos jurisdiccionales*»<sup>12</sup>.

En conclusión, nos encontramos a nuestro parecer ante una institución jurídica proveniente de una decisión política, a través de la cual, las partes tienen por regla general la posibilidad de impugnar ante un órgano superior una decisión judicial. Sin embargo, dicha posibilidad no es absoluta, y por ende, al ser nuestro proceso uno de tipo publicístico, bien podría el legislador limitar aún más la impugnación en nuestro ordenamiento procesal civil, estableciendo incluso procesos de instancia única, tal cual deja abierta la puerta el mismo Artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

En el fondo, lo que se encuentra detrás de esta política legislativa es cumplir con la finalidad última de un proceso<sup>13</sup>, la efectiva tutela jurisdiccional. Si en ese camino se debe relativizar el derecho de impugnación, ello debe ser merituado en cada caso particular bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

## 2.2. El derecho a la doble instancia a través de los instrumentos internacionales y nuestro Tribunal Constitucional

Partamos de una premisa indiscutible, en los diversos tratados o instrumentos internacionales, el derecho a recurrir a una segunda instancia se ha limitado a procesos de tipo penal, guardando un absoluto silencio en materia procesal civil, lo cual no trae como consecuencia, como se verá posteriormente, que no se aplique a otros procesos judiciales, entre ellos precisamente el civil; pero de ello sí podemos inferir que la doble instancia puede no ser absoluta en un ordenamiento procesal civil. Sin embargo, lo cierto es que en materia de Derecho Internacional Público, la impugnación civil, dando origen a una segunda instancia, no ha sido recogida.

En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por el Perú el 9 de diciembre de 1959, mediante Resolución Legislativa No. 13282, sólo reconoce en su Artículo 10° lo siguiente: «*ARTICULO 10°.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*».

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en el Perú el 28 de marzo de 1978, mediante Decreto Ley No. 22128, y ratificado por la Constitución de 1979 a través de su 16ª Disposición General y Transitoria, sólo establece el derecho a impugnar a los condenados en materia penal. Así pues:

«*Art. 14.- (...) 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (...)*».

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Perú el 11 de julio de 1978, mediante Decreto Ley No. 22231, y ratificada también por la Constitución de 1979 a través de su 16ª Disposición General y Transitoria, sigue el mismo camino: «*Art. 8°.- Garantías Judiciales (...). 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...)*».

Estas disposiciones internacionales han llevado incluso a Eugenia Ariano Deho a opinar lo siguiente: «*Así las cosas, resulta que el derecho a la impugnación, como garantía mínima (que significa que no puede faltar), sólo es una exigencia para los Estados parte de los diversos pactos y convenciones internacionales o regionales de DD HH en materia penal y en cuanto a la sentencia condenatoria, con todo lo que ello significa*»<sup>14</sup>.

Como puede apreciarse, la impugnación a nivel internacional tan solo está pensada o enfocada típicamente para el proceso penal. Ello quiere decir acaso que la doble instancia no se debe respetar en un proceso civil. Indudablemente que sí. La impugnación civil originaria de una segunda instancia, cuando así lo ha regulado el legislador, debe ser acatada y posible de ejercitar<sup>15</sup>. Lo que debe entenderse de los instrumentos internacionales, es que no sería ilícito o inconstitucional que, tal como ocurre en nuestro ordenamiento procesal, la impugnación se vea muchas veces limitada, sea por la opción del legislador de declarar resoluciones inimpugnables o la estipulación de la denominada apelación diferida para una cada vez mayor cantidad de actos procesales.

Y es que debe tomarse en cuenta la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política de 1993: «*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*».

Aceptamos sin embargo, que es un tema altamente discutible y que puede generar todavía algunas dudas y controversias a los intérpretes del derecho internacional, constitucional y procesal.

Para lo que sí no hay lugar a dudas es que hoy en día el Tribunal Constitucional peruano recoge a la segunda instancia como parte de los procesos judiciales en general, y no sólo para un proceso de tipo penal. Ello ha quedado corroborado al establecer que el

<sup>12</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Op. Cit.

<sup>13</sup> En relación con la finalidad o fin del proceso, puede analizarse entre nosotros a MONROY GÁLVEZ, Juan. A cinco años del Código Procesal Civil; PRIORI POSADA, Giovanni. La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso; o MONROY PALACIOS, Juan. Un panorama de la Justicia Civil. Una mirada general desde el proceso.

<sup>14</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Op. Cit.

<sup>15</sup> En otras palabras, será ineludible y necesario respetar el derecho de impugnación y por ende la segunda instancia, en aquellos casos donde se haya establecido la posibilidad de impugnar. Es la corriente seguida por el Tribunal Constitucional Español, y también ha sido de alguna manera recogido así en el Código Procesal Constitucional peruano, al establecer en su artículo 4º, tercer párrafo, que forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso el acceder a los medios impugnatorios regulados.

derecho a la pluralidad de instancias no es aplicable en estricto al procedimiento administrativo pero sí a todo proceso judicial, no restringiéndose su exigencia solamente al proceso penal, donde evidentemente adquiere una preeminencia mayor, pero no por ello su presencia nos debe faltar en procesos distintos como el civil o el laboral.

Así pues, en la sentencia expedida el pasado 26 de agosto de 2003, en el Proceso de Inconstitucionalidad promovido por la Defensoría del Pueblo contra la Ordenanza No. 290<sup>16</sup> expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, expediente No. 010-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente: «(...), el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al debido proceso administrativo, pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede; pero sí lo es del derecho al debido proceso judicial, pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede ésta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior. (...). Es en relación con el tercero imparcial, esto es, con referencia al órgano judicial, que el legislador debe garantizar la existencia, cuando menos, de una dualidad de instancias de resolución de conflictos, así como los medios (impugnatorios) para posibilitar su acceso. Naturalmente, los órganos y tribunales administrativos no satisfacen esas condiciones de imparcialidad e independencia, pues se trata de entes que, o forman parte de la estructura organizativa de la estructura del órgano cuyo acto administrativo se reclama, o pertenecen, en general, al Poder Ejecutivo».

De la revisión de la sentencia del Tribunal Constitucional bajo comentario puede apreciarse que para nuestro máximo intérprete de la Constitución el derecho a la doble instancia constituye un derecho de toda persona en el sentido que al momento de acceder al órgano jurisdiccional, debe contar con los mecanismos necesarios para impugnar los actos del juez de primera instancia, a efectos de que el superior jerárquico pueda revisar las referidas decisiones, efectivizándose los principios de imparcialidad e independencia, a la vez de cumplirse con el derecho de defensa de todo particular, erigiéndose por tanto la impugnación como una garantía fundamental para una adecuada tutela jurisdiccional efectiva.

En efecto, como podrá comprobarse más adelante, la impugnación forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual evidentemente no implica que sea por tanto absoluta.

Por ello debe recalcar que la sentencia del Tribunal Constitucional bajo comentario no ha plasmado de ninguna manera el derecho a la doble instancia como un derecho absoluto. Lo que hace es establecer que la misma es pertinente en todo proceso jurisdiccional, a fin de diferenciarlo de un procedimiento administrativo. La doble instancia, y por ende la facultad de impugnar (en específico, apelar),

pueden ser relativizadas en determinadas circunstancias a fin de conseguir una efectiva tutela.

### 2.3. La doble instancia y su relación con los principios procesales de economía y celeridad

La doble instancia o pluralidad de instancias debe estar guiada y enmarcada por los principios procesales de nuestro ordenamiento, específicamente los de celeridad y economía procesal, y por el concepto de tutela jurisdiccional, cuya finalidad debe primar por sobre su mismo complejo contenido en determinadas oportunidades.

En ese sentido, tenemos que algunos de los principios procesales que rigen nuestro ordenamiento han sido recogidos expresamente en el Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1993, como se hizo con la idea de la pluralidad de instancias en el artículo X.

Así pues, los mismos principios de celeridad y economía procesal se hallan en el artículo V del Título Preliminar de nuestro código procesal: «Art.-V.- Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales.- (...). El juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran. La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica».

Giovanni Priori da un concepto claro y sencillo con relación a la tutela jurisdiccional, concepto que nos ayudará a comprender y analizar en adelante el tema bajo análisis «El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego de lo cual se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidad de ejecución».<sup>17</sup>

Tutela efectiva por tanto es aquella decisión que es realizada («ejecutada»). No basta con que uno reciba u obtenga una decisión judicial que ponga fin al conflicto. El proceso pues debe cumplir con la finalidad a la cual estaba destinado. No solo la finalidad social que rige en nuestro sistema según nuestras normas procesales: el dar justicia al caso concreto aplicando el Derecho; sino también una visión evidentemente individual, donde el particular recibe efectivamente lo que solicitó al Estado.

No hay proceso eficaz si la parte que acudió en búsqueda de tutela al órgano jurisdiccional no la consigue de manera pronta y oportuna. Evidentemente, dependerá de la controversia ante la cual nos encontremos para enfocar los principios de celeridad y economía procesal. No tendrán la misma orientación en un proceso de cognición que en un proceso ejecutivo por ejemplo. Así ocurriría lo mismo con un caso de tutela anticipada o el caso de un amparo, donde la tutela es por su especial característica, sumamente urgente.

<sup>16</sup> Dicha Ordenanza obligaba a las Municipalidades Distritales a admitir los Recursos Administrativos de Revisión formulados por los administrados, pues serían resueltos por la Municipalidad Metropolitana de Lima en aquellos casos donde el procedimiento administrativo era iniciado en la máxima jerarquía del gobierno local, a fin de resguardar el principio o derecho a la doble instancia.

<sup>17</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: *Ius et Veritas* n° 26. Lima, 2003.

Actualmente nos encontramos ante todo un proceso de reforma y replanteamiento de las principales instituciones procesales debido a la necesidad en algunos casos de dejar atrás la antigua idea de seguridad jurídica como elemento o principio guía del proceso, en aras de una mayor celeridad y eficacia en la tramitación de las causas ante el Poder Judicial.

Asistimos por ejemplo a la aparición de la denominada tutela diferenciada, nombre dado con la intención de distinguirla de aquella típica tutela ordinaria en la cual se considera que la única manera de lograr una adecuada y correcta tutela es protegiendo al extremo el principio de seguridad jurídica, lo que implica un proceso largo y complicado, y donde la doble instancia es siempre bien vista. Se trataba por ende de exaltar de manera desproporcionada al proceso de cognición pleno, el único que permitía que un juez lograra la certeza necesaria para dar la razón a determinado particular en un proceso.

Sin embargo, hoy en día nos encontramos ante muchas situaciones que no pueden esperar ser satisfechas luego de años de proceso. Estas situaciones necesitan de una respuesta actual e inmediata. La demora, característica del proceso tradicional, torna que las situaciones jurídicas en algunos casos se vean insatisfechas a pesar de la culminación del proceso. Uno podrá salir «vencedor» del mismo, pero sin la debida eficacia. En otras palabras, tendrá una sentencia tardía y por tanto inejecutable. De aquí que tenga que limitarse precisamente, entre otras garantías, el derecho de defensa en su típica manifestación de la impugnación.

Así pues, en palabras de Juan Monroy Palacios: «(...) la concepción tradicional del proceso resulta obsoleta para la protección efectiva de las nuevas situaciones jurídicas materiales. (...) Debemos empezar admitiendo que el proceso conlleva, irremediablemente, una demora. Demora que ni el diseño judicial más perfecto puede eliminar por completo. Se abre, entonces, una brecha y una distinción entre los resultados que se obtiene de un cumplimiento espontáneo, respecto de los obtenidos a través del proceso. Pues bien, durante la tramitación del proceso, esa brecha se puede ir ensanchando, sea por una actividad de las partes (...) o por un hecho que escapa del alcance de ellas, en función de las particulares características del objeto sometido a litigio»<sup>18</sup>.

En este camino que viene recorriendo la tutela jurisdiccional, evidentemente el principal obstáculo ante el cual se encuentra, es cómo entender las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en todo el nuevo devenir de esta última. En nuestra opinión nos encontramos ante dos derechos distintos. Derechos fundamentales además que deberán ser apreciados en sus distintos alcances y finalidades a efectos de comprender de qué manera en cada una de las distintas «nuevas tutelas» uno de ellos cede ante el otro.

En efecto, si bien es cierto hay una sola tutela jurisdiccional, hoy en día a través por ejemplo de las diversas manifestaciones de la tutela diferenciada asistimos a nuevos y singulares procesos que en sus normas hacen primar a la celeridad y eficacia por sobre algunas típicas garantías del debido proceso y de la misma tutela jurisdiccional efectiva.

Por ello, estos principios son básicos para comprender aún más la válida posibilidad de limitar la institución de la impugnación. Y es que, a lo ya dicho con relación a que el declarar un acto jurisdiccional como inimpugnable no constituye una violación a los derechos del justiciable a la luz del concepto que debemos seguir de la doble instancia y de la plasmación del tema en los mismos instrumentos internacionales, la economía y celeridad que deben guiar hoy en día a todo proceso también legitiman en algunas oportunidades la limitación de la impugnación.

Se dice que una justicia que tarda no es justicia y de allí la necesidad de que todo proceso judicial se alinee con una perspectiva de celeridad y economía procesales en búsqueda de una tutela jurisdiccional efectiva. Esto evidentemente no quiere decir que pueda desnaturalizarse el proceso con la intención de hacerlo más raudo o menos costoso. Celeridad y economía, pero con razonabilidad y proporcionalidad. Tutela jurisdiccional efectiva, pero sin tomar a los procesos sin el mínimo de garantías procesales que harían un proceso desigual o violatorio de derechos fundamentales. Un proceso por tanto eficaz y célere, pero sin obviar que también nos encontramos con otro particular que puede verse afectado por una «pronta» decisión jurisdiccional.

En conclusión, las limitaciones a la facultad de impugnar de las partes también se basan en estos principios de economía y celeridad procesales, declarándose pues inimpugnable una resolución siempre que no cause agravio al justiciable, a fin de tener un proceso más rápido, menos costoso y por ende eficaz.

Nuestro Código Procesal brindará una serie de medidas a fin de evitar las dilaciones indebidas, tales como multas u otras acciones que busquen evitar que los justiciables alarguen y demoren los procesos. En ese sentido, todas las instituciones procesales, entre ellas la impugnación, se verán influenciadas por esta perspectiva. Se quiere pues una justicia rápida. Si esta es buena o deficiente, dependerá más de sus protagonistas, siendo el juez el primero de ellos en estar obligado a cumplir con la finalidad del proceso, encauzando la actividad de las partes a fin de lograr la tan ansiada tutela (de allí que al momento de analizarse una impugnación, el juez deba efectuar un profundo análisis que impida a toda costa el uso sin sentido de los medios impugnatorios).

### 3. El derecho de impugnar y la tutela jurisdiccional efectiva

#### 3.1. Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional

Si bien es cierto no es materia del presente trabajo distinguir al debido proceso de la tutela jurisdiccional efectiva, creemos que sí es necesario dar brevemente nuestra posición sobre el particular, en aras de poder analizar al derecho de impugnar como una de las manifestaciones propias de la tutela jurisdiccional efectiva, y cómo su limitación no constituye aunque parezca contradictorio, una violación de la misma.

Debido a los distintos orígenes de ambos conceptos, así como a las innumerables construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han dado de los mismos, se presentan claros problemas al intentar definir ambas instituciones y establecer sus componentes esenciales.

<sup>18</sup> MONROY PALACIOS, Juan. *Un panorama de la Justicia Civil. Una mirada general desde el proceso*. En: Themis N° 43. Lima, pp. 159-192.



En el Perú dicho inconveniente es mayor porque tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como el derecho al debido proceso, han sido recogidos como derechos fundamentales en nuestra Constitución a través de la aplicación de la cláusula abierta del artículo 3º de nuestra Carta Magna. En ese sentido, los mismos se hayan reconocidos, aunque no expresamente como derechos fundamentales de toda persona, en el artículo 139º de la Constitución de 1993: «Art.- 139º.- *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...). 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...).*».

¿Cómo conciliar ambos derechos? ¿Cómo cumplir con el denominado principio de coherencia o concordancia práctica de la Constitución? ¿Es que acaso es cierta la afirmación que el debido proceso engloba a la tutela jurisdiccional efectiva?<sup>19</sup> O por el contrario, ¿el debido proceso es una manifestación de la tutela jurisdiccional?<sup>20</sup>

Creemos que el Tribunal Constitucional como intérprete máximo de la Constitución tiene el deber de establecer cómo deben ser entendidos ambos derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. En efecto, en materia constitucional, a pesar de las posiciones doctrinarias de juristas, abogados, profesores universitarios y alumnos, la interpretación que primará en un ordenamiento es la proporcionada por el máximo órgano de control de la constitucionalidad de las leyes y de todos los demás actos de poder.

En este mismo sentido se expresa Reynaldo Bustamante, cuando al tocar en una de sus obras la relación entre el debido proceso (o proceso justo como él indica) y la tutela jurisdiccional efectiva, señala lo siguiente: «(...) *consideramos que cuando un mismo ordenamiento jurídico reconozca tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva como derechos fundamentales, serán los intérpretes de la Constitución que ejerzan función jurisdiccional quienes deberán definir sus respectivos alcances*»<sup>21</sup>.

Lamentablemente, en la tarea de definición de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, el Tribunal Constitucional del Perú no ha establecido en alguna sentencia una clara y concreta distinción entre ambos conceptos.

Así pues, se puede tomar como ejemplos dos (2) sentencias del Tribunal Constitucional donde se menciona a ambos derechos (Sentencia del Tribunal Constitucional, expedida el 20 de junio de 2002, expediente No. 1230-2002-HC/TC; y Sentencia del Tribunal Constitucional, expedida el 3 de enero del 2003, expediente No. 010-2002-AI/TC, la famosa sentencia de la legislación antiterrorista dada por Alberto Fujimori). Sin embargo, las dos (2) sentencias del

Tribunal Constitucional referidas no cumplen a nuestro parecer la tarea descrita en los párrafos precedentes.

La sentencia expedida en el expediente No. 1230-2002-HC/TC, en aras de concluir que un *Hábeas Corpus* sí puede proceder contra resoluciones judiciales, alega que las disposiciones establecidas en el artículo 6º inciso 2 de la Ley No. 23506<sup>22</sup> (antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo), y el artículo 10º de la Ley No. 25398<sup>23</sup> (Ley que precisó y complementó la Ley de Hábeas Corpus y Amparo) deben ser entendidas en el sentido que un proceso regular o un proceso irregular, van ligadas al desarrollo y respeto o no, respectivamente, de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

Ello está definido expresamente en los considerandos seis y nueve de la referida sentencia. Por otro lado, en el considerando séptimo se establece expresamente que: «(...) *no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal (...), pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido al derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo*».

En este sentido, debemos dejar constancia que el Tribunal Constitucional en esta sentencia establece aparentemente, y si es así, creemos que lo hace correctamente, que no son lo mismo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso.

Sin embargo, no da los alcances de los mismos, sus limitaciones, sus principios fundamentales, etc.; tarea a la cual está llamado a cumplir precisamente el Tribunal Constitucional. Esto tampoco se encuentra en la sentencia expedida en el expediente No. 010-2002-AI/TC, puesto que en el referido fallo si bien es cierto también, aunque de una manera menos clara, se diferencian los términos tutela jurisdiccional efectiva del debido proceso, tampoco hay una definición clara de ambas instituciones procesales.

Ahora, hay un hecho que sí llama la atención en esta última sentencia. Aparentemente el Tribunal tomaría al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como parte de un derecho mayor o más general como sería el del derecho al debido proceso. Es decir, creemos que el Tribunal podría estar adoptando la tesis, seguida por algunos, de que el derecho al debido proceso engloba al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Nótese en ese sentido que el apartado X de la referida sentencia lleva como título «*El derecho al debido proceso*» y es dentro de este apartado donde se menciona, aunque no se analiza tampoco realmente, al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, o como lo llaman, derecho de acceso a la justicia, siendo ésta realmente una de sus manifestaciones.

<sup>19</sup> Al respecto, puede leerse los textos de Reynaldo Bustamante Alarcón. Además, debe señalarse que en el Proyecto de Constitución elaborado por el Congreso de la República no se hace mención alguna al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pero sí al derecho al debido proceso, estableciéndose expresamente el mismo en el artículo referido a derechos fundamentales.

<sup>20</sup> En este sentido, puede leerse por el contrario a Juan Monroy Gálvez o a Giovanni Priori Posada. Sin embargo, debe señalarse que el Código Procesal Constitucional parece seguir esta tesis, pues en su artículo 4º se establece que la tutela jurisdiccional efectiva comprende dos manifestaciones, el acceso a la justicia y el debido proceso estableciéndose además en su artículo 37º, inciso 16, que procede el Proceso de Amparo ante la amenaza o violación de la tutela judicial efectiva.

<sup>21</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: ARA Editores, 2001.

<sup>22</sup> «Artículo 6º.- *Casos de improcedencia de las acciones de garantía. No proceden las acciones de garantía: (...); 2) Contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular; (...).*».

<sup>23</sup> «Artículo 10º.- *Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2 del artículo 6º de la Ley (23506), deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen. No podrá bajo ningún motivo detenerse mediante una acción de garantía, la ejecución de una sentencia contra la parte vencida en un proceso regular.*».

A pesar de lo mencionado en el párrafo anterior, creemos que de la lectura de ambas sentencias no puede uno extraer conceptos que definan y a la vez diferencien a ambas instituciones bajo análisis para el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, creemos que sí pueden llegarse a algunas conclusiones:

- (1) El Tribunal Constitucional sí diferencia entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso;
- (2) La aparente indecisión conceptual de los magistrados en ambas instituciones ha hecho que las sentencias analizadas no establezcan claros parámetros diferenciadores de ambos conceptos procesales, lo cual en el caso del debido proceso desconcierta aun más, puesto que en innumerables sentencias expedidas en procesos de Amparo de los últimos años, se ha establecido toda una reforma de la concepción del debido proceso, al tomarlo por ejemplo aplicable a todo procedimiento, o al aceptar el máximo intérprete de la Constitución la existencia de la división entre debido proceso sustancial o material y el debido proceso adjetivo o formal; y,
- (3) Si bien es cierto podemos arribar a la conclusión que nuestro Tribunal Constitucional diferencia entre derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, no podemos concluir que una de ellas englobe o no a la otra, puesto que el Tribunal parece no haber adoptado una de estas posiciones, ni tampoco expresamente la postura con la cual compartimos, y que explicaremos brevemente a continuación, en el sentido que debe diferenciarse los campos aplicables de cada uno de los presentes derechos, lo cual no conlleva al hecho de negar que en algún momento puedan coincidir como ocurre precisamente en un proceso judicial.

En nuestra opinión el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso sí pueden establecerse en un mismo ordenamiento por la sencilla razón que tienen distintas finalidades y alcances. No compartimos la opinión que el debido proceso engloba a la tutela jurisdiccional efectiva al tratarse de un derecho aplicable a más ámbitos. Tampoco creemos que la tutela jurisdiccional durante el proceso se manifieste a través del derecho al debido proceso. Así pues, son dos derechos distintos, con alcances y propósitos diferentes y por ende, conciliables en un mismo ordenamiento como hizo nuestra Constitución de 1993, y como debería establecerse en una futura posible Constitución.

Serán pues dos conceptos de contenido y alcances distintos, y que pese a ello pueden aplicarse en determinado momento en conjunto (lo que ocurriría precisamente en un proceso judicial). Tienen contenido distinto, pudiendo el debido proceso ser aplicado a distintos ámbitos al jurisdiccional, como bien se ha establecido en nuestro ordenamiento interno y en sentencias de tribunales internacionales, pero de ello no puede inferirse que englobe al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; esta tutela jurisdiccional efectiva se viene a convertir por el contrario en la principal garantía fundamental dentro de un proceso jurisdiccional.

En otras palabras, no somos partidarios repetimos, de las doctrinas que alegan que el debido proceso engloba a la tutela jurisdiccional, o que esta última tiene como una de sus manifestaciones al debi-

do proceso. Creemos por el contrario que son dos derechos fundamentales distintos a los cuales se les puede analizar en distintos ámbitos comprendiendo sus distintas finalidades, lo cual no quiere decir por supuesto, a que por momentos, alguna garantía del debido proceso pueda ser vista o ejercida también en la tutela jurisdiccional.

La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin: es por ello que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sólo es aplicable dentro del proceso judicial. Este es el fin en estricto de la tutela jurisdiccional efectiva y por ello nuestra afirmación de que puede diferenciársela del derecho al debido proceso.

Lo anterior no obsta a que el debido proceso también sea considerado un derecho fundamental, y el mismo deberá ser entendido ya no bajo la misma finalidad de la tutela jurisdiccional puesto que no tienen el mismo propósito; sino como una garantía para el particular, para que en todo proceso o procedimiento, se le respeten las mínimas garantías procesales.

Mientras la tutela jurisdiccional efectiva tiene como finalidad la satisfacción de los intereses de los particulares a través de un proceso; el derecho al debido proceso será ese conjunto de garantías procesales que debe contar todo particular en todo tipo de procedimiento sea este jurisdiccional o no. Es decir, el derecho a la tutela jurisdiccional sería una visión de unión entre derecho sustancial y proceso judicial. Se quiere que las situaciones jurídicas sean efectivas; se den en el plano real. Y ello se da precisamente tan sólo a través de un proceso jurisdiccional. El debido proceso por el contrario, sería un sinónimo de respeto a garantías procesales.

En este sentido, no hay duda que no toda garantía del debido proceso deberá ser también respetada o aplicada en el proceso jurisdiccional. Ello nos lleva también a afirmar, que en determinados casos algunas garantías del debido proceso que sí se encuentran, y que en muchos casos coinciden incluso con los principios de la tutela jurisdiccional, deberán ser relativizadas en aras de lograr una eficaz tutela. Ello es lo que ocurre precisamente con la impugnación procesal.

La tutela jurisdiccional y el debido proceso tienen pues finalidades distintas y por ende pueden convivir en un mismo ordenamiento. Incluso no es que uno de los derechos proteja mejor a la persona que el otro; pero sí es cierta la afirmación que sin el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de nada nos serviría contar con todos los demás derechos.

En dicha línea, Mauro Cappelletti menciona: «*En realidad, el derecho a un acceso efectivo se reconoce cada vez más como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. El acceso a la jurisdicción se puede considerar entonces, como el requisito más básico —el derecho humano más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos*»<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH. El acceso a la justicia. La tendencia

Y es que cómo podría uno obtener tutela del Estado si ésta no es efectiva. En otras palabras, de qué sirve tener una serie de derechos reconocidos por el ordenamiento, si es que ante un incumplimiento o violación de los mismos, el particular no puede verse resarcido en dichas situaciones.

Finalmente, como señala Giovanni Priori: «(...) cada vez que se reflexione sobre la tutela debemos necesariamente reflexionar sobre los diversos medios que el ordenamiento jurídico prevé en el caso de la lesión o amenaza de lesión de una situación jurídica y la forma de tutela de las situaciones jurídicas por excelencia es la tutela jurisdiccional, la misma que se lleva a cabo a través del proceso. De esta forma, la tutela jurisdiccional hará que la tutela prevista por el ordenamiento jurídico a los diversos intereses, sea efectiva»<sup>25</sup>.

En conclusión, consideramos que las distintas finalidades que pueden apreciarse en ambos derechos pueden llevarnos a establecer que son dos derechos que pueden convivir en un mismo ordenamiento. Es cierto que el derecho al debido proceso es más amplio que el derecho a la tutela jurisdiccional puesto que es aplicable a todo procedimiento, pero de ello no puede colegirse que lo englobe. Y es que provienen de tradiciones distintas, y distintas finalidades también conllevan. En el fondo, el derecho a la tutela jurisdiccional no puede ser obviado como lamentablemente lo hace el actual proyecto de Constitución. El hacerlo, constituye un imperdonable olvido de nuestros legisladores ya que se trata de la herramienta necesaria para que dentro de un proceso judicial el particular pueda ver satisfechos sus intereses. No basta pues el proceso justo con garantías, sino que se hace necesario el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

### 3.2. El derecho de impugnación como manifestación del derecho de defensa

Dentro de la tutela jurisdiccional propiamente dicha, se pueden distinguir, siguiendo al profesor español Francisco Chamorro, hasta cuatro momentos o grados. Así pues, tenemos que el derecho a la tutela jurisdiccional se deberá analizar bajo el hecho que la persona tenga al menos: 1) un efectivo acceso a la jurisdicción; 2) un proceso con mínimas garantías (donde se encontrará adelantamos, el poder ejercer el derecho de defensa, donde la impugnación es precisamente una de sus principales manifestaciones); 3) el obtener o alcanzar una decisión judicial que ponga fin al conflicto y a la vez se encuentre basada en derecho; y, 4) que la decisión judicial sea realizada (ejecución: efectividad), de ser el caso con ayuda del Estado.

Todo esto ha llevado a Francisco Chamorro a indicar que se infringirá la tutela jurisdiccional efectiva en los siguientes casos: «(...): a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva. La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva puede producirse en múltiples formas, pero

siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. Todas las demás infracciones o serán incumplimientos de legalidad ordinaria o, en su caso, serán incumplimientos de otras concretas garantías procesales, pero no derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva»<sup>26</sup>.

Por tanto, podemos indicar que el derecho de defensa constituye una de las garantías mínimas contenidas en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y su transgresión constituiría un estado de indefensión en el justiciable, volviéndose dicho acto o hecho en inconstitucional.

Por otro lado, el derecho de defensa a su vez es un derecho de contenido complejo, y por ende tendrá una serie de manifestaciones como son el derecho a probar, a alegar oportunamente la posición de uno, a ser tratado con igualdad, a ser válidamente notificado de los actos procesales, etc. Entre estas manifestaciones se encuentra por supuesto el derecho a interponer los recursos impugnatorios que recoge un ordenamiento procesal determinado. Véase que no nos encontramos pues con que el derecho de impugnación será una manifestación absoluta del derecho de defensa de toda persona, sino que forma parte de aquél, y a la vez por tanto del derecho a la tutela jurisdiccional, tan sólo el impugnar todo acto judicial que sea efectivamente posible de impugnar. En ese sentido, el declarar en la ley una resolución como inimpugnable o no conceder por ejemplo un recurso de apelación en un caso concreto, no necesariamente constituyen violaciones al derecho de defensa de una persona. Deberá analizarse cada supuesto, el fin bajo la óptica del agravio, establecer o no la constitucionalidad de la norma o rechazo del acto de impugnación.

El derecho de defensa es una muestra fehaciente que el debido proceso y la tutela jurisdiccional pueden efectivamente coincidir en un momento determinado. Como sabemos, el derecho de defensa, en cuanto garantía fundamental y básica de toda persona, forma también parte del contenido esencial del debido proceso y a la vez del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En este rubro Giovanni Priori, analizando su posición con respecto a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, nos dice que: «(...) podemos definir al debido proceso como un derecho constitucional que supone que el proceso que se tramite respete una serie de garantías mínimas. (...). (...), dichas garantías mínimas son, conforme a la doctrina, el derecho al juez natural, el derecho a la asistencia de letrado, el derecho a la defensa y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas»<sup>27</sup>.

En conclusión, el derecho de defensa es un derecho fundamental de toda persona, debiendo ser entendido bajo la perspectiva de la tutela jurisdiccional efectiva como una de las garantías mínimas que debe contener este derecho complejo. A la impugnación, como una de sus principales manifestaciones, le corresponderá formar parte del mismo derecho a la tutela jurisdiccional, lo cual no implica evidentemente, como hemos visto, que no se le pueda limitar en determinadas ocasiones a fin de privilegiar otros intereses, o incluso la misma finalidad de la tutela judicial, como se verá en el siguiente apartado.

en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

<sup>25</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit.

<sup>26</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela judicial efectiva. Barcelona: Bosch, 1994.

<sup>27</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Segunda edición. Lima: ARA Editores, 2002.

En efecto, así como el derecho a probar se ve limitado pues no puede por ejemplo ofrecerse medios probatorios en cualquier momento en aplicación del principio de preclusión en materia probatoria; así también en ocasiones el derecho a impugnar se verá limitado al declararse determinada decisión del juez como inimpugnable, en aras de privilegiar la celeridad y eficacia del proceso.

### 3.3. La tutela jurisdiccional efectiva y su finalidad, ¿puede primar por sobre el derecho de impugnar?

Al momento de distinguir entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional señalamos que la finalidad de esta última es, en cierto sentido, que el particular que acude al órgano jurisdiccional en búsqueda de tutela se encuentre realmente luego del proceso judicial en la situación que se había visto amenazada o vulnerada en un inicio. En otras palabras, el fin era efectivizar en la realidad el reconocimiento que le había dado el ordenamiento a alguien en el campo formal<sup>28</sup> (a través de la norma jurídica: primer nivel de tutela o tutela simple).

Desde esta concepción se ve al proceso como un instrumento, no encontrándose los hombres al servicio del proceso, sobre valorando las formalidades del mismo al pensar muchos lamentablemente todavía que el seguimiento de la forma es la única manera de alcanzar la justicia, sino que por el contrario, el proceso se encuentra al servicio del hombre. El proceso por tanto, además de su clásica concepción social, debe ser entendido como la herramienta fundamental para alcanzar la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los particulares. La finalidad de la tutela jurisdiccional es precisamente, valiéndose de este instrumento (el proceso), lograr la efectiva tutela de los justiciables.

Siguiendo por completo en este punto a Giovanni Priori: «(...) En otra cosa no consiste la esencia misma del proceso: en ser un instrumento de la efectividad del ordenamiento jurídico, de las situaciones jurídicas de los particulares, y de la paz social en justicia. Olvidar esa esencia es dejar de lado la propia razón de ser del proceso y desnaturalizar su existencia. Sería vaciar de contenido al proceso mismo. Reafirmar la instrumentalidad del proceso es llenar de contenido a dicho instituto, darle un sentido a su existencia y encontrarle una justificación y una tarea dentro del ordenamiento jurídico: servir de medio de tutela»<sup>29</sup>.

Como puede apreciarse, no hay lugar a dudas que, si nos encontramos en la controversia de limitar o no el derecho de impugnación a fin de conseguir cumplirse la finalidad de la tutela jurisdiccional, el derecho en mención se verá irremediablemente limitado. En el fondo, la impugnación tiene su manifestación a través de actos formales procesales como por ejemplo la interposición de un recurso de apelación. Sin embargo, si impidiendo la formalidad mediante la de-

claración de inimpugnabilidad o, rechazándose el recurso de impugnación, se consigue la finalidad del derecho macro, como es la tutela jurisdiccional efectiva, es evidente que la limitación será posible, respetándose por supuesto siempre el hecho de no llevar a la otra parte a un estado de indefensión (para lo cual es básico el tema del agravio ya analizado) y que se actúe guiado por criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo expuesto, la impugnación procesal puede, si vale el término, sucumbir ante una efectiva tutela jurisdiccional. Esta última, como derecho complejo que a su vez contendría el derecho a impugnar, puede permitir la limitación de la presente manifestación del derecho de defensa con el propósito de conseguir su finalidad.

Culminamos transcribiendo al maestro Carnelutti quien comprendió siempre la verdadera importancia y rol del proceso: «*Cuando la pretensión, (...), encuentre resistencia y no consiga vencerla por sí, hace falta algo para que se conserve la paz social. Este algo tiene una distinta función, según que el conflicto esté o no regulado por el Derecho. En la hipótesis negativa, y también si el conflicto no está todavía compuesto en una relación jurídica, de lo que se trata es de hacer intervenir frente a él un mandato (concreto), que realice la composición del mismo. En la hipótesis positiva, puesto que el mecanismo del Derecho, cual se ha descrito hasta aquí, se ha revelado insuficiente para obtener su finalidad, se trata de integrarlo con un dispositivo ulterior apto para ponerle remedio. En ambos casos, ese algo es lo que llamamos proceso*»<sup>30</sup>.

### III. La apelación como principal manifestación del derecho a impugnar y sus peculiaridades en nuestro ordenamiento procesal

#### 1. Resoluciones apelables: manifestación plena del derecho de defensa y a la doble instancia

##### 1.1 Requisitos de la apelación en nuestro ordenamiento procesal y su correlación con la teoría general

Todo acto procesal proveniente de la actividad de las partes debe contar con requisitos de admisibilidad y de procedencia. Está aceptado de manera general, que los primeros se refieren a temas formales, mientras que los segundos apuntan a fines de fondo.

En este sentido, los requisitos de admisibilidad y de procedencia de un acto procesal como es un recurso de apelación, son vitales. Los requisitos de admisibilidad son exigencias procesales formales que deben ser cumplidos en la apelación. Los requisitos de procedencia son exigencias procesales de fondo. La gran diferencia es que el incumplimiento de un requisito formal sí puede ser subsanable o no ser subsanable; lo cual no ocurre con un requisito de fondo.

Juan Monroy establece esta distinción para la apelación, al señalar los requisitos de admisibilidad y procedencia de los recursos en general: «*Los recursos, como toda institución procesal, tienen requisitos propios de admisibilidad y procedencia. Son requisitos de admi-*

<sup>28</sup> El ordenamiento jurídico coloca a toda persona en una serie de situaciones jurídicas, dividiéndose básicamente las mismas en situaciones jurídicas de ventaja y en situaciones jurídicas de desventaja. Ha sido en las primeras en las cuales el ordenamiento, a través de un juicio de valor, ha establecido que el interés de la persona en dicha posición debe prevalecer, otorgándole precisamente la denominada tutela de primer grado. Será ante la amenaza o vulneración de dicha situación, que el particular deberá acudir al órgano judicial en búsqueda de la denominada tutela de segundo grado, o tutela jurisdiccional, pues el primer grado de tutela se ha visto superado.

<sup>29</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional...* Op. Cit.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Uteha, 1954.

sibilidad de un recurso aquellos que están ligados con el lugar, el tiempo y la formalidad de su interposición. (...)(...). Son requisitos de procedencia del recurso fundamentalmente tres: la adecuación del recurso, la descripción del agravio y la fundamentación del vicio o error»<sup>31</sup>.

Como puede apreciarse, para el profesor Monroy son seis (6) los presupuestos o requisitos de una apelación, como son el lugar, el tiempo y la formalidad de su interposición por un lado, y la adecuación del recurso, el agravio y la fundamentación del vicio o error por el otro. Y en definitiva, así han sido consignados en la parte general de las normas de impugnación en el Código Procesal Civil.

En efecto, el artículo 357<sup>o</sup> nos indica los requisitos de admisibilidad de los medios impugnatorios, que como puede verse, son los mismos que señala Juan Monroy: «Art. 357.- Requisitos de admisibilidad de los medios impugnatorios.- Los medios impugnatorios se interponen ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error, salvo disposición en contrario. También se atenderá a la formalidad y plazos previstos en este Código para cada uno».

Por otro lado, el artículo 358<sup>o</sup> nos brinda los requisitos de procedencia: «Art. 358.- Requisitos de procedencia de los medios impugnatorios.- El impugnante fundamentará su pedido en el acto procesal en que lo interpone, precisando el agravio y el vicio o error que lo motiva. El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna».

Estos requisitos por tanto, son también de aplicación al recurso impugnatorio por excelencia, el famoso y sumamente utilizado, recurso de apelación. Asimismo, la doctrina reconoce a estos presupuestos como requisitos básicos e inherentes en una apelación. Se trata de un acto procesal que mantiene en funcionamiento al sistema judicial de un país, con todas las consecuencias que ello trae consigo, y por ende, debe establecerse claramente la manera de ponerlo en marcha en cada ordenamiento procesal.

En nuestra opinión, son tan sólo cuatro (4) los presupuestos. Creemos que los mismos son: el agravio, que viene a ser el más importante de todos, con su correspondiente fundamentación; la legitimidad para impugnar, tema que consideramos fundamental para evitar las apelaciones sin sentido; el acto que se impugna (donde radicaría la adecuación del recurso); y la formalidad (en la cual incluiríamos temas como el plazo y el lugar).

Los tres (3) primeros son requisitos de procedencia propiamente dichos, y el último de ellos denominado formalidad, es precisamente lo que entendemos como la admisibilidad en general. Pasemos a explicar brevemente cada uno de ellos.

El agravio como hemos dicho a lo largo de este trabajo, es el fundamento y base de la impugnación en nuestro concepto. En ese sentido, no debe sorprender que lo coloquemos como el requisito fundamental de la apelación. De esta manera, si no hay agravio, no hay necesidad de impugnación, y de manera más concreta, de apelación. Esto nos ha llevado a decir, a que si no hay posibilidad de

agravio en una resolución, la misma puede ser declarada inimpugnable por un ordenamiento, sin que ello signifique de ninguna manera, la vulneración al principio de pluralidad o doble instancia.

De esta manera, el agravio constituye una carga en el justiciable, a fin de que establezca en el recurso de apelación qué parte de la resolución que impugna le genera un perjuicio. Podría darse el caso por supuesto, de que sea toda la resolución la causante del agravio. En ese sentido, de la descripción del contenido de la resolución uno debe poder apreciar, el extremo, de ser el caso, que produce el agravio. Nos referimos por supuesto a un agravio real. En otras palabras, uno tiene el derecho de impugnar, pero a fin de evitar impugnaciones sin sentido o dolosas, el agravio, y la demostración y/o fundamentación del mismo, constituyen una carga en la parte que formula la apelación.

Como vemos, el agravio constituye un filtro fundamental en las apelaciones. Aquella resolución que no genera un agravio en la parte que formula una apelación, no puede ser realmente impugnada por la parte, y por ende, la apelación no tendría por qué ser concedida, incluso a pesar de que haya un evidente error o vicio.

Entre nosotros, Alberto Hinostroza Minguez indica lo siguiente: «Habrà agravio cuando no se satisface la expectativa que tiene el sujeto procesal respecto de la pretensión objeto del proceso. No lo habrá en cambio cuando la decisión judicial es plenamente favorable y radique la disconformidad únicamente en los considerandos de la resolución, a no ser que la motivación – sobre todo la jurídica – puede ser eventualmente perjudicial al justiciable. Lo importante aquí es el resultado concreto del acto y las consecuencias que produzca en relación al derecho alegado y la situación jurídica del sujeto»<sup>32</sup>.

En el mismo sentido, Osvaldo Gozaini señala que: «(...) el agravio es el perjuicio concreto que sufre el sujeto. (...) Se asocia con el interés, que resulta ser una proyección del daño, o interés insatisfecho o menoscabado, dirigido principalmente al ejercicio del derecho de impugnación»<sup>33</sup>.

Finalmente, la sustentación del vicio o error de la resolución apelada, es en el fondo parte consustancial de este requisito. Es obvio que si hay agravio, hay un error o vicio, y por ende, el sujeto debe describir con exactitud, precisión y profundidad, en qué fallo el juez de primera instancia, y cómo ello le genera un perjuicio. Precisamente la indicación exhaustiva y clara que haga el recurrente, es el sustento para el análisis que efectuará el juez o tribunal de segunda instancia.

En cuanto a la legitimidad para impugnar, creemos que también es un requisito fundamental, y que lamentablemente no es analizado a conciencia por el juez al momento de conceder la apelación. Es la simple respuesta a la pregunta que debe hacerse un juez cuando le llega una apelación: ¿quién impugna en este caso concreto, realmente puede hacerlo?, ¿tiene realmente interés o legitimidad para hacerlo?

<sup>32</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Op. Cit.

<sup>33</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Volumen 2, Buenos Aires: Ediar, 1992.

<sup>31</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los Medios Impugnatorios...* Op. Cit., pp. 21-31.

Dejamos constancia que no nos referimos en este extremo a una manifestación de los presupuestos procesales de interés para obrar y/o legitimidad procesal. Debe entenderse la idea de interés o legitimidad para impugnar, como la condición que debe tener el sujeto impugnante, en el sentido de encontrarse en una situación procesal en particular, que lo faculta o autoriza a interponer una apelación por ejemplo.

No es pues sólo relevante el mero agravio, sino que quien ha sufrido el agravio, esté legitimado para proceder a interponer el correspondiente recurso de apelación.

Así, Enrico Redenti señalaba a mediados del siglo pasado, lo siguiente con respecto a los requisitos de una impugnación: «*Para que la impugnación pueda después venir a ser objeto de cognición y de decisión en lo que tiene de intrínseco, la ley exige de ordinario un ulterior requisito o presupuesto procesal – sustancial, a saber, que se pueda aducir un interés legítimo para impugnar. Este, normalmente, está representado o constituido por el vencimiento de la parte que quiere quejarse o gravarse de la sentencia*»<sup>34</sup>.

En otras palabras, la impugnación en general, y la apelación en particular, se dan al interior de un proceso judicial, con las implicancias que ello produce, como es que, el ejercicio de la apelación puede ser realizado únicamente por los sujetos que sean parte en el proceso, y siempre y cuando su interés, haya sido efectivamente violado por el acto viciado.

Sólo siguiendo este presupuesto, aunado al agravio, podremos evitar la proliferación de apelaciones sin sentido, y que tan sólo buscan dilatar los procesos judiciales escudándose en el derecho a la doble instancia, que como hemos visto, no es de ninguna manera absoluto. Las resoluciones impugnables no los son *per se*, sino que debe uno encontrarse legitimado para impugnar. Se puede hablar por ello incluso de un propósito de impugnar.

La importancia del tema es tal, que incluso el maestro Francesco Carnelutti tocaba ya indirectamente el tema en sus obras: «*No obstante el interés en la impugnación, ni la parte ni el tercero pueden impugnar una sentencia si se ha hecho aquiescencia expresa o tácita. Aquiescencia es una declaración expresa, o en general, una actitud incompatible con el propósito de la impugnación (...). Puesto que en esta declaración, o en general, en esta actitud ve la ley un índice de justicia de la sentencia, o por lo menos de tolerabilidad de su injusticia, de ello emerge oportunamente una razón para excluir la utilidad de la impugnación*»<sup>35</sup>.

Nuestro Código Procesal Civil no tiene una norma expresa al respecto, lo que genera que en muchas ocasiones, sujetos que intervienen de alguna manera en un proceso, puedan apelar resoluciones que en principio no podrían hacerlo, tal como ocurre en algunos casos de intervenciones de terceros; o en todo caso, se apela sin demostrar o acreditar un verdadero interés en la apelación.

En cuanto al último requisito de procedencia, sabemos que por lo general los actos dados por un juez, salvo norma expresa en contrario, son susceptibles de ser impugnados. Por consiguiente, es presupuesto de la impugnación en general, y de la apelación en particular, que el acto que viene siendo reclamado o refutado, no esté calificado por el ordenamiento como inimpugnable, pues en caso contrario, la apelación debería ser rechazada de plano sin que ello conlleve una vulneración al derecho de defensa.

Sin embargo, este requisito no se agota en lo indicado en el párrafo precedente, sino que además de reconocer si la resolución es impugnabile o no, en caso lo sea, y uno demuestre agravio e interés para formular la impugnación, debe utilizarse el medio impugnatorio adecuado que establece la ley, y en el caso específico de la apelación, indicar expresamente si se trata con efecto o sin efecto suspensivo.

Es decir, la adecuación del recurso como parte integrante del, a nuestro parecer tercer requisito de procedencia, como es el acto que se impugna, consiste en el deber que tiene el recurrente de interponer el recurso que corresponda atendiendo a la naturaleza del acto judicial que se está impugnando, y de la forma o con el efecto que establece la ley en particular.

Finalmente, nos encontramos con la formalidad en sí; lo que vendría a ser en nuestra opinión, la admisibilidad de la apelación. Al respecto, sólo debemos indicar que la interposición de un recurso de apelación requiere el cumplimiento de ciertas formalidades que la norma regula, como es la interposición del recurso ante el mismo juez que expidió el acto, el pago de una tasa judicial, y principalmente, el cumplimiento de determinados plazos de caducidad para impugnar (y es que no puede existir la impugnación perpetua).

Debemos señalar que nuestro Código Procesal Civil no cuenta con una adecuada regulación de los presupuestos de admisibilidad y procedencia de un recurso de apelación. En efecto, los mismos no se hayan establecidos de una manera ordenada, teniendo uno que apreciarlos por lo menos a través de tres (3) artículos, como son los artículos 365º, 366º y 367º del mencionado Código.

Así pues, en el artículo 365º se nos indica contra qué actos judiciales procede el recurso de apelación; lo que vendría a ser nuestro tercer requisito de procedencia: «*Art. 365.- Procedencia.- Procede apelación: 1. Contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes; 2. Contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya; y, 3. En los casos expresamente establecidos en este Código*».

Sin embargo, el siguiente artículo viene a regular también la procedencia de la apelación, siendo una repetición del artículo referido a los requisitos de procedencia de la impugnación en general, y que como vimos líneas antes, seguía por completo la tesis de Juan Monroy, aunque en el título tan sólo lleve a uno de ellos: «*Art. 366.- Fundamentación del agravio.- El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria*».

Finalmente, al artículo 367º del Código Procesal Civil señala brevemente los requisitos de admisibilidad, indicando también los

<sup>34</sup> REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

<sup>35</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

efectos de la declaración de inadmisibilidad de una apelación, o de su improcedencia: «Art. 367.- Admisibilidad e improcedencia.- La apelación se interpone dentro del plazo legal ante el juez que expidió la resolución impugnada, acompañando el recibo de la tasa judicial respectiva cuando ésta fuere exigible. La apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso. (...)».

En nuestra opinión, el Código Procesal Civil recoge, aunque no de una manera tan clara, y aunque sí con cierto acierto, los requisitos de procedencia y admisibilidad de un recurso de apelación. Sin embargo, creemos que dicha regulación podría estar mejor si se considera expresamente al interés o legitimidad para impugnar como un requisito de procedencia de la apelación o impugnación en sí, y a la vez, se le da una mayor importancia al tema del agravio a través de un mejor desarrollo normativo sobre el mismo.

## 1.2. Los alcances de la apelación según el Código Procesal Civil peruano

Debemos señalar que el recurso de apelación es el medio de impugnación que se utiliza para impugnar en principio autos o sentencias. Se interpone ante el propio juez que expidió la resolución impugnada para que sea el jerárquicamente superior quien la revise. Esto es lo que se denomina el efecto devolutivo.

Al respecto, Jaime Solé manifiesta que entre las características del recurso de apelación se encuentra necesariamente el carácter devolutivo: «Es un recurso devolutivo siempre, aunque en determinadas ocasiones, (...), al dicho efecto devolutivo se le añade la producción del efecto suspensivo. Mediante el carácter devolutivo del recurso, otro órgano jurisdiccional, superior y diferente del que ha resuelto el litigio en primera instancia, es llamado a conocer de la resolución impugnada; (...). (...), el efecto devolutivo del recurso viene a consagrar el principio de doble grado de la jurisdicción, y constituye la nota característica y definidora de la apelación»<sup>36</sup>.

Como vemos, el efecto devolutivo es característico de la apelación, por cuanto la revisión y nuevo análisis que se pretende al interponerla estará a cargo del órgano jurisdiccional jerárquicamente superior. De esta manera, nos encontramos ante la manifestación plena del derecho de defensa del justiciable, cumpliéndose el principio de la doble instancia o pluralidad de instancias.

Ahora, la apelación puede ser concedida con dos (2) efectos, con efecto suspensivo o sin efecto suspensivo, de acuerdo al tipo de resolución que se impugne mediante la apelación.

Sobre este punto, el profesor Juan Monroy indica que: «(...) cuando se interpone un recurso de apelación el tema crucial es si la admisión y procedencia del recurso va a determinar si la resolución se cumpla o se suspenda la ejecución. (...). Si un recurso de apelación es concedido con efecto suspensivo, significa que la resolución no deberá de cumplirse de inmediato, debido a que está suspendida su eficacia hasta que se resuelva en definitiva por el superior. En cambio, si el recurso de apelación ha sido concedido sin efecto

*suspensivo, significa que, con prescindencia de la tramitación del recurso, la decisión contenida en la resolución apelada, tiene plena eficacia, por tanto, puede exigirse su cumplimiento»<sup>37</sup>.*

En otras palabras, con efecto suspensivo quiere decir que si se concede el recurso de apelación, la resolución quedará sin efecto hasta que el juez superior revise y se pronuncie sobre la apelada. En la apelación sin efecto suspensivo implica que mientras dure todo el trámite de apelación, la resolución impugnada generará todos sus efectos como si no hubiese sido impugnada. El efecto suspensivo será propio de resoluciones en las cuales, si son impugnadas, se aprecia que razonablemente deben suspenderse sus efectos, pues lo contrario implicaría un estado de indefensión para la parte que apela.

Asimismo, el efecto suspensivo se da también por una simple razón práctica, ya que si no se da con dicho efecto, en el fondo el proceso no podría continuar. Es el caso de las sentencias (¿es conveniente que se dé con este efecto en todo tipo de proceso?) y de los autos que ponen fin al proceso, tal como prescribe el artículo 371º del Código Procesal Civil. El referido artículo establece lo siguiente: «Art. 371º.- Procedencia de la apelación con efecto suspensivo.- Procede la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, y en los demás casos previstos en este Código».

Si todas las apelaciones fueran concedidas con efecto suspensivo, nos encontraríamos ante un proceso aún más largo y tedioso que el actual, propicio para que el litigante de mala fe eternice el proceso a fin de persuadir el abandono en la otra parte. Por ello, es un acierto que en resoluciones de una menor relevancia se establezca la apelación sin efecto suspensivo. Así lo ha regulado nuestro Código Procesal Civil en su artículo 372º: «Art. 372º.- Procedencia de la apelación sin efecto suspensivo.- Las apelaciones sin efecto suspensivo proceden en los casos expresamente establecidos en la ley y en aquellos en que no procede apelación con efecto suspensivo. Cuando este Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, ésta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida».

Esta apelación sin efecto suspensivo no detiene el cumplimiento del acto procesal impugnado. ¿Se podría aplicar en algún caso a una sentencia? Para la doctrina en general, la apelación sin efecto suspensivo se da tratándose de resoluciones que no sean la sentencia u otras que dispongan la conclusión del proceso, y se funda en la necesidad de evitar la dilación del litigio. Intentaremos más adelante esbozar la teoría de que en algunos procesos, la apelación de una sentencia sin efecto suspensivo no es imposible de imaginar bajo la perspectiva de una tutela jurisdiccional efectiva basada en los principios de celeridad y economía procesal.

En este último caso de la apelación sin efecto suspensivo, la apelación podrá a su vez ser sin la calidad de diferida o con la calidad de diferida. Cuando es con calidad de diferida, la segunda instancia (por lo general la Corte Superior) deberá recién conocer la apelación si se apela también la sentencia, resolviendo primero la apelación del auto impugnado. Si se da la apelación del auto sin efecto suspensivo y sin calidad de diferida, la segunda instancia

<sup>36</sup> SOLÉ RIERA, Jaime. Op. Cit.

<sup>37</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los Medios Impugnatorios...* Op. Cit., pp. 21-31.

(Corte Superior de ser el caso) conoce inmediatamente la apelación a la vez que se continúa con el proceso en primera instancia.

Para Eugenia Ariano Deho, tanto el establecer que una resolución es inimpugnable, o el diferir una apelación, es una muestra más de los inconvenientes con los que cuenta nuestra regulación procesal en materia de impugnación: «La apelación diferida constituye, (...), una más que clara manifestación de esa animadversión hacia las impugnaciones (...), fundada en esos mitos con los que nos hemos nutrido un poco todos: las impugnaciones son un vehículo dilatorio, hacen que el proceso se eternice, etc., luego, hay que limitarlas al extremo, sin darse cuenta que, cuando se establece que una resolución no es impugnabile o lo es sólo diferidamente, se deja a las partes a merced del juez, el que no pudiendo ser controlado en su actuar procesal, se vuelve el auténtico amo y señor del proceso»<sup>38</sup>.

No consideramos que estemos ante mitos. En el fondo, lo cierto es que las partes de un proceso judicial muchas veces tienen dos intereses contrapuestos con relación al proceso, acerca de la duración del procedimiento. En efecto, habrá un sujeto que intentará por todos los medios prolongar lo más posible el proceso, y otro que necesita la tutela jurisdiccional con rapidez y eficacia. En este contexto, por qué darle a la primera más herramientas en la búsqueda de su dilatorio fin, que las ya existentes en la legislación y en la realidad de nuestro Poder Judicial.

Por otro lado, es conocido en nuestra realidad que el trámite de elevación de una apelación sin efecto suspensivo es muchas veces un calvario para los justiciables, quienes deben acudir a «presionar» para que los auxiliares jurisdiccionales se tomen un tiempo en sus ajetreadas tareas para poder sacar las copias pertinentes del expediente y preparar la elevación al superior jerárquico.

El efecto o calidad de diferido es una necesidad, no sólo por lo señalado en los párrafos precedentes, sino porque de esta manera no se entorpece el desarrollo del proceso por cuestiones, hasta cierto sentido, exentas de relevancia. Es pues, un simple análisis costo beneficio que hace el sistema, llegando a concluir que el diferir una apelación puede ser ventajoso para la efectiva tutela jurisdiccional.

En el mismo sentido, Juan Monroy señala lo siguiente con relación a la calidad de diferida de una apelación sin efecto suspensivo: «Este trámite secundario del recurso de apelación sin efecto suspensivo es, desde la óptica del servicio de justicia, moroso, congestionante y, desde la mirada del recurrente, oneroso, dado que debe solventar el costo de la tasa por derecho de copia certificada, además del consiguiente seguimiento del proceso especial que se origina. A fin de evitar estas desventajas, existe la llamada apelación con la calidad de diferida»<sup>39</sup>.

Por otro lado, el órgano jerárquicamente superior que conoce de la apelación tiene fundamentalmente dos (2) límites.

En primer lugar, la prohibición de la *reformatio in peius*. Lo resuelto por el órgano de segunda instancia no puede empeorar la situación del apelante. Es un principio que indudablemente forma parte del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

El principio de la prohibición de la *reformatio in peius* alude pues, al impedimento del órgano de apelación para modificar la resolución objetada en perjuicio del apelante, salvo como establece el artículo 370º del Código Procesal Civil<sup>40</sup>, en los supuestos de existencia de otro recurso de apelación contra la resolución del juez de primera instancia o de adhesión de la contraparte a la apelación presentada. ¿Tiene realmente un fundamento esta prohibición? Creemos que sí.

Coincidimos con Alberto Hinostroza Minguéz cuando señala que: «El principio de la prohibición de la *reformatio in peius* reposa en la diferencia de objetos entre la primera y segunda instancia. Esta última no comprende el objeto de la primera (encuadrado - principalmente - en la demanda y su contestación) sino que abarca tan sólo el contenido de la pretensión impugnatoria. De allí que no se pueda reformar la resolución recurrida en perjuicio de quien propició la vía impugnativa y fijó sus alcances mediante el correspondiente recurso de apelación (siempre que fuese el único)»<sup>41</sup>.

Así pues, el principio que analizamos encuentra su razón de ser en el hecho que el impugnante de una resolución judicial aspira que se corrija el agravio que se le genera colocándose en la situación jurídica que cree merecer, y resultaría ilógico e inconsistente que, en virtud de su propia actividad dirigida a conseguir dicho propósito, se empeore su estado y se resuelva en contra suya a pesar por ejemplo que la otra parte consintiera la resolución de primera instancia al no haber impugnado la misma.

El segundo límite es el principio de congruencia, que se conoce en materia de apelación como el *tantum devolutum quantum apelatum*. El presente latinismo significa simplemente que los alcances o medida de la apelación está determinada por los agravios que indique la parte apelante. En este sentido, el juez *ad quem* no podrá ir más allá del objeto de la apelación en sí. Es como vemos, la aplicación del principio de congruencia a la impugnación. El juez es el director del proceso, pero su poder no es absoluto.

En el mismo camino, Jaime Solé manifiesta lo siguiente: «Según el célebre brocardo *tantum devolutum quantum apelatum*, entra dentro del ámbito del efecto devolutivo todo aquello que en virtud del recurso es elevado al Tribunal Superior. (...). En la segunda instancia, la pretensión del apelante al impugnar la resolución es la que establece la cuestión sobre la que debe versar el recurso. (...), el alcance de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes del órgano *ad quem* para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso»<sup>42</sup>.

La apelación formulada por el sujeto, de ser amparada por el superior jerárquico, podrá traer como consecuencia que se declare nula o se revoque la decisión. Esto es sumamente importante para comprender la finalidad y alcance de la apelación.

Como vimos precedentemente, en la impugnación nos encontramos ante un error, sea un error de actividad o un error de fondo (*error in procedendo* y *error in iudicando*). El error de actividad a su

<sup>38</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Op Cit.

<sup>39</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los Medios Impugnatorios...* Op. Cit., pp. 21-31.

<sup>40</sup> «Artículo 370º. -Competencia del juez superior.- El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. (...)».

<sup>41</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Op. Cit.

<sup>42</sup> SOLÉ RIERA, Jaime. Op. Cit.



vez puede consistir en un error en el procedimiento para la expedición de determinado acto, o error en el procedimiento mental del juez al dar una resolución. El error de fondo es un error de interpretación o subsunción de una norma para con un hecho; este error puede producirse ante una norma de derecho material o una norma de derecho procesal. Se rompe por tanto con el esquema clásico, ya que el error *in iudicando* también puede producirse por un error de derecho procesal, este último no es sólo en el error *in procedendo*.

El error de actividad sería el error *in procedendo*, y se denomina vicio al no seguirse bien el procedimiento para expedir un acto. Pero puede el juez hacer bien el procedimiento (actividad externa), pero cometer un error en el procedimiento mental (actividad interna), siendo por tanto también un vicio: error en el procedimiento para expedir el acto.

El error *in iudicando* supone un error del juez al momento de resolver el fondo, que supone un error en la interpretación de una norma o en la aplicación de una norma (subsunción). Aquí el juez puede haber realizado un juicio lógico correcto, pero no usó bien los elementos lógicos para dicho razonamiento lógico perfecto. Por ejemplo, el juez pudo haber usado una norma ya derogada, o una norma vigente pero la interpretó mal.

Resulta trascendente saber si estamos ante un error *in procedendo* o un error *in iudicando*, porque los efectos de la impugnación serán diferentes. De esta manera, la nulidad será el efecto del medio impugnatorio, apelación en este caso, contra un error *in procedendo*. De allí que en nuestra opinión la nulidad no pueda ser tomada como un recurso impugnatorio sino como la posible sanción por la formulación del mismo. La nulidad supone que el acto tiene un problema en su construcción; no se siguió el procedimiento prescrito en la norma. El acto se va a considerar sin efecto jurídico alguno; el acto existirá en los hechos, pero será como si el ordenamiento diga que nunca ha existido. Si se pide que se declare nulo un acto (por ejemplo una sentencia), y se dice que la sentencia es nula, el juez de primera instancia que la expidió deberá dictar otra.

En cambio, la revocación es la posible consecuencia cuando se dice que al acto procesal tiene un error *in iudicando*. Se le dirá al juez que el problema es que quien expidió el acto, cometió un error en la interpretación o aplicación del derecho. El juez en la revocación realiza un nuevo acto para sustituir al acto impugnado. En la nulidad, se anula el acto por el órgano superior, y el mismo juez que dio la resolución impugnada la sustituirá.

Siempre que se plantea una pretensión impugnatoria nulificante ante vicios procesales, como ir por ejemplo en contra del principio de congruencia, y a la vez una pretensión impugnatoria revocatoria (la cual toca el fondo), deberá verse primero la pretensión de nulidad, y como subordinada la revocatoria, que sólo se verá si no se ha declarado nula la sentencia o resolución. La Corte u otro órgano de segunda instancia no podrán revocar una sentencia cuando la hayan declarado nula.

Ahora, si no se presentan pretensiones nulificantes, de oficio el órgano de segunda instancia puede anular la sentencia o resolución apelada al darse cuenta de su invalidez. No es lo mismo en el caso de las pretensiones revocatorias; el juez o la Corte Superior no pueden de oficio pronunciarse en la apelación sobre el fondo no apelado (es

decir, una pretensión revocatoria no planteada). Sí entonces de oficio en el caso de la nulidad (artículo 382º del Código Procesal Civil<sup>43</sup>), siempre que el vicio se encuentre en la sentencia o resolución misma, y por supuesto se haya propuesto una apelación.

Finalmente, un tema importante es si se pueden presentar medios probatorios en la apelación. Será posible sólo sobre hechos nuevos, ya sean hechos nuevos propios o hechos nuevos impropios.

Como sabemos, la primera manifestación del derecho a probar se encuentra en el derecho a ofrecer medios probatorios. Este derecho consiste en la posibilidad que tienen las partes de incorporar al proceso medios probatorios que tengan por finalidad probar hechos que sirvan de sustento a la formación de la conciencia del juez respecto a la pretensión o contestación (defensa del demandado). Ligado al ofrecimiento de medios probatorios se encuentra el principio de eventualidad o preclusión en materia probatoria. El derecho que tengo a ofrecer un medio probatorio no implica que lo haga en cualquier momento, sino en el momento en que la ley me dice que debo hacerlo: en la etapa postulatoria (actos postulatorios).

Sin embargo, serán una excepción los medios probatorios que acrediten hechos nuevos (propios e impropios). Propio será el hecho que sucede luego de iniciado el proceso y por su relevancia debe ser ingresado al mismo. Impropios serán los que habiendo sucedido antes del proceso, el que se beneficia con ellos, recién los ofrece, pues no tuvo forma de presentarlos en su momento. La doctrina discute si es que se debe admitir medios probatorios respecto a hechos nuevos impropios, ya que se piensa que se promueve la deslealtad o mala fe procesal. En el fondo, radicaré en la figura del juez analizar la admisión o no de los medios probatorios, sean estos referidos a hechos nuevos propios o impropios, debiendo tener evidentemente una mayor precaución en estos últimos.

El Código Procesal Civil admite que se ofrezca en un recurso de apelación medios probatorios sobre hechos nuevos (artículo 374º del Código Procesal Civil<sup>44</sup>).

La importancia de esta posibilidad radica, como sostiene Reynaldo Bustamante, en el hecho que: «La teoría de los hechos nuevos está ligada a la necesidad de permitir que las partes y los terceros legitimados acerquen al juzgador la mayor cantidad de información posible, a fin de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica de la mejor manera posible»<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> «Artículo 382º.- Apelación y nulidad.- El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada».

<sup>44</sup> «Artículo 374º.- Medios probatorios en la apelación de sentencias.- Sólo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y 2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad. (...)».

<sup>45</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo. Lima: ARA Editores, 2001.

### 1.3. A manera de ejemplos y una propuesta discutible

Evidentemente, debe ser apelable toda decisión jurisdiccional que pueda ocasionar en el particular un agravio real y efectivo. Es decir, si la decisión no conlleva un posible agravio, entonces nos encontraremos con el hecho que no será necesario que el legislador haya establecido la posibilidad de impugnación de dicho acto judicial.

Sin embargo, no hay lugar a dudas en que una serie de decisiones jurisdiccionales pueden causar agravio o indefensión a los justiciables; y estas consisten básicamente en aquellos actos que ponen fin al proceso, como es el caso de una sentencia, o aquellas resoluciones judiciales que resuelven sobre algún incidente que deba ser meritudo con cuidado y profundo análisis por el juez antes de emitir su decisión. Es en estos supuestos donde nos encontramos indudablemente ante decisiones que deben ser plenamente impugnables, permitiéndole a la parte que se considere agraviada acudir al órgano superior para que anule o revoque la referida decisión.

Son los casos por ejemplo de aquel auto admisorio que declara improcedente una demanda, la resolución que ampara una excepción perentoria formulada por el demandado, la resolución que deniega un pedido de medida cautelar, etc. Son pues, típicos casos donde el latente error o vicio en el actuar del juez hacen que el ordenamiento tenga en cuenta que si se impide que el particular acceda a una nueva revisión del asunto decidido por el juez de primera instancia, constituiría una clara violación al derecho de defensa y por ende a la misma tutela jurisdiccional efectiva.

Qué duda cabe que el amparo de una excepción de legitimidad para obrar o de una excepción de prescripción, deben ser, ante una apelación, revisadas por el superior jerárquico, en aras de lograr que un posible error o vicio en la decisión primigenia no traigan como consecuencia un proceso injusto. Lo contrario sería desnaturalizar el mismo sentido o finalidad del proceso. Si no fuera posible apelar dichas decisiones judiciales estaríamos amparando procesos que demostrarían que la tutela es en algunos casos inalcanzable.

Por ello la apelación en estos casos es total. La impugnación se torna necesaria para conseguir en determinados casos una efectiva tutela jurisdiccional. Sin la posibilidad de apelación en estos supuestos, el proceso perdería su razón de ser. Los particulares no acudirían con el transcurso del tiempo a un proceso judicial. Si los mismos no brindan efectividad, la justicia dada por el Estado a través de los procesos jurisdiccionales se hace innecesaria.

Sin embargo, un tema interesante a analizar es si la sentencia de todo tipo de proceso debería ser apelable o no. Nos queda claro que en típicos procesos de cognición, como son nuestro Proceso de Conocimiento, Abreviado y Sumarísimo, el sólo pensar que una posible sentencia no pueda ser apelada, salvo el caso que uno renuncie a ello en virtud del artículo 389<sup>46</sup> del Código Procesal Civil<sup>46</sup>, sería para muchos pensar en un sacrilegio. Empero, ¿sería tan descabellado pensarlo para Procesos Ejecutivos o de Ejecución?

<sup>46</sup> «Artículo 389°.- Casación por salto.- Procede el recurso de casación contra las sentencias de primera instancia, cuando las partes expresan su acuerdo de prescindir del recurso de apelación, en escrito con firmas legalizadas ante el Secretario del Juzgado. (...)».

Como sabemos, en el caso de los procesos ejecutivos o de ejecución, el demandado cuenta, a diferencia de en un proceso puro de cognición, con el derecho reconocido a su favor. Así pues, el pagaré, la letra de cambio, la escritura pública o el laudo arbitral, cuentan con un derecho reconocido a favor de quien acude al órgano jurisdiccional en búsqueda de tutela. En ese sentido, el derecho de defensa del demandado (ejecutado propiamente dicho), se encuentra sumamente limitado, contando con una lista taxativa de medios de defensa (artículos 700<sup>47</sup> y 718<sup>48</sup> del Código Procesal Civil Peruano).

En esta línea de pensamiento, siendo la defensa en estos procesos, una defensa meramente de forma, pues no se discute en ningún caso los posibles orígenes de la deuda puesta a cobro con un pagaré por ejemplo, podrían escucharse voces que señalen que en este tipo de procesos, la sentencia sea inimpugnable<sup>49</sup>, o en todo caso, sea apelable sin efecto suspensivo, debiendo el demandante en este último caso, poner a disposición del juez la garantía suficiente para que el hecho de que los efectos de la sentencia no se suspendan, no cause un perjuicio irreparable en el apelante en caso la decisión sea revocada por el superior.

La posición descrita en el párrafo precedente está evidentemente abierta a innumerables críticas. Creemos sin embargo que el nuevo enfoque con el cual debe analizarse la institución de la impugnación procesal, bajo los parámetros de una efectiva tutela jurisdiccional, y ésta última guiada por los principios de economía y celeridad procesales, permitirían y harían posible la existencia de la propuesta. Asistimos actualmente a una reforma acelerada de lo que debemos entender por tutela jurisdiccional y proceso.

El ordenamiento debe brindar a los justiciables las herramientas necesarias para que, la muchas veces presente mala fe de la contra parte, no impida la efectividad de las decisiones judiciales. La idea de limitar la apelación de las sentencias en determinados casos como los descritos, y por qué no en otros tipos de procesos, va en dicho camino.

<sup>47</sup> «Artículo 700°.- Contradicción.- El ejecutado podrá contradecir la ejecución y proponer excepciones o defensas previas, dentro de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia. La contradicción se podrá fundar en: 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. La extinción de la obligación exigida; o, 4. Excepciones y defensas previas. El juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si ésta se funda en supuestos distintos a los enumerados».

<sup>48</sup> «Artículo 718°.- Contradicción.- Puede formularse contradicción al mandato de ejecución dentro de tres días de notificado, sólo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación. Al escrito de contradicción se anexará el documento que acredite el cumplimiento o extinción alegados. De lo contrario ésta se declarará inadmisibles. De la contradicción se confiere traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción (...)».

<sup>49</sup> Lo que incluso parecería decir nuestro Código Procesal Civil para los procesos de ejecución propiamente dichos, pues la última parte del artículo 718°, no transcrito en la cita precedente, dice precisamente que «la resolución que declara fundada una contradicción en un proceso de ejecución es apelable con efecto suspensivo». ¿Acaso podría interpretarse entonces que si se declara infundada la Contradicción, el ejecutado no podría apelar la resolución que ordena seguir adelante con la ejecución?

Debemos concluir señalando que estamos plenamente convencidos que en determinados casos la apelación, como manifestación del derecho de impugnación y de defensa, se convierte en un acto procesal de las partes de ineludible respeto y protección. Sin embargo, también es cierto que hoy más que nunca el proceso se encuentra en evolución, y las instituciones procesales, como los mismos medios impugnatorios, se encuentran a la par inmersas en el mismo devenir.

El establecer procesos con instancia única tal como deja abierta la puerta el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil, o procesos con sentencias apelables sin efecto suspensivo, deben ser objeto de estudio y análisis. Sólo la efectiva tutela jurisdiccional puede marcar el camino a seguir.

## 2. Para concluir: resoluciones inimpugnables, ¿violación a la doble instancia o primacía de otros principios procesales?

### 2.1. Visión crítica de la apelación sin sentido

La apelación sin sentido genera un altísimo costo en los particulares que deben observar como un proceso es eternizado sin sustento alguno. La sobre dimensión que se le da a la facultad de impugnación de las partes, en base a la doble o pluralidad de instancias, hace que hoy en día la generalidad de apelaciones sean concedidas sin ni siquiera efectuar los jueces un análisis de las mismas. Nuestro jueces han internalizado la afirmación que el derecho de impugnación es absoluto allí donde la norma no ha indicado expresamente lo contrario. Por ello es usualmente aceptado que la formulación de un recurso de apelación traerá irremediablemente su correspondiente concesión.

Dicha posición constituye a todas luces una visión limitada de la impugnación y de los mismos poderes con los que cuenta según nuestro ordenamiento procesal el juez, señor y director del proceso civil. En ese sentido, nuestros magistrados deben efectuar un mayor y mejor análisis de los concesorios de las apelaciones.

El derecho de impugnación en general, y de apelación en particular, como hemos reiterado a lo largo del presente trabajo, no son absolutos. Debe efectuarse un análisis del efectivo posible agravio. Debe primar la finalidad de la efectiva tutela jurisdiccional o los principios procesales de economía y celeridad que hoy en día la nutren de contenido.

El alto costo que debe pagar el justiciable que ve como el expediente es elevado al superior jerárquico, sin haber efectuado el juez de primera instancia un verdadero análisis de procedencia de la apelación, es inmensurable. Se pierde tiempo, dinero, pero sobre todo, eficacia en la decisión jurisdiccional. El mero trámite de la apelación puede generar que el proceso iniciado se vuelva inútil o innecesario para quien acudió en búsqueda de tutela. Y no hay nada más grave para nuestro actual sistema de administración de justicia, que seguir perdiendo credibilidad y legitimidad entre la población. El amparar apelaciones, por el sólo hecho de haberse formulado las mismas, agrava el actual contexto.

A los problemas de sobre carga procesal, falta de capacidad de algunos de nuestros magistrados y sus auxiliares, la lamentable corrupción existente en el Poder Judicial y el reinante caos adminis-

trativo, hay que agregarle un problema más, la mala fe de los mismos usuarios del sistema al plantear apelaciones sin sentido que sólo buscan eternizar y dilatar indebidamente los procesos judiciales en los cuales se saben «perdedores» de ante mano.

### 2.2. ¿Celeridad y economía procesal vs. el valor justicia?

El concepto de justicia ha generado cantidad de materiales y teorías a lo largo de la evolución del derecho. La idea de justicia debe encontrarse plenamente presente en cuanto acto de poder se emita por parte del Estado. En ese sentido, una decisión judicial debe tener por consigna, ser justa. Sin embargo, ¿qué es lo justo? ¿Es que nuestro ordenamiento jurídico en general debería seguir alguna de las teorías de la justicia desarrolladas por la Filosofía del Derecho?

Las interrogantes efectuadas escapan al presente trabajo. Empero, no hay dudas que el concepto de justicia está íntimamente ligado con el de la impugnación procesal, sea la concepción de justicia que uno tenga y siga. Es por ello que se dice que hay una mayor probabilidad de justicia si toda decisión judicial es posible de impugnar. El evitar que el superior jerárquico pueda conocer de determinada apelación genera una mayor probabilidad de que nos encontremos con procesos injustos.

Es fácil colegir de lo expuesto por nosotros que ello no es cierto. Basta referir que en determinadas ocasiones la posibilidad que un asunto sea visto en una segunda instancia no implica una mayor seguridad para el justiciable en el hecho que la decisión a ser dada sea mejor o perfecta. Es más, la limitación a la impugnación muchas veces se hace naturalmente necesaria por la imposibilidad de presencia de agravio, o en todo caso, por la necesidad de una pronta y efectiva tutela jurisdiccional. Esto último también es una manifestación de justicia.

Reynaldo Bustamante Alarcón rescata la importancia de la concepción hoy en día de lo justo en un proceso: «*Con su concepción se busca rescatar el sentido humano y social del proceso, anteponiendo a los conceptos, formalidades y categorías, su papel de instrumento al servicio del hombre para garantizar la plena vigencia de la dignidad del ser humano, de la justicia, de los demás valores superiores, de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto; es decir, para contribuir más eficazmente a afianzar la paz social en justicia*»<sup>50</sup>.

Los principios de economía y celeridad procesal no se contraponen a la idea o valor de justicia. Por el contrario, la tutela jurisdiccional efectiva, de la cual hemos visto que los señalados principios son hoy parte fundamental, es sinónimo de justicia. En efecto, la tutela jurisdiccional quiere conseguir justicia al caso concreto, y ello se logra mediante un proceso judicial que pueda verse matizado en algunas de sus garantías mínimas en aras precisamente de alcanzar la tan ansiada tutela. Ello no es ir contra el valor justicia; por el contrario, se trata de un intento más del hombre por realmente alcanzarla.

Así pues, al declarar nuestro Código Procesal Civil a una resolución como inimpugnable no es que se establezca la primacía de

<sup>50</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El Derecho a Probar... Op. Cit.

ciertos principios por sobre el mismo valor justicia. Al contrario, al privilegiar determinados aspectos sobre la facultad de impugnación de las partes, se intenta conseguir una mayor justicia. No hay ningún contrasentido o contradicción. El limitar la impugnación procesal tal cual se hace en nuestro ordenamiento no es en principio un exceso. La idea que se encuentra detrás es la efectiva tutela jurisdiccional, y por irremediable y lógica consecuencia, la misma justicia.

### 2.3. A manera de ejemplos

Hemos seleccionado algunas resoluciones que nuestro ordenamiento señala como inimpugnables a fin de analizar bajo las ideas plasmadas a lo largo del presente trabajo si dicha limitación constituiría una limitación permitida, o por el contrario, estaríamos ante un caso de indefensión para las partes y por ende una norma inconstitucional. A diferencia de los ejemplos puestos en el caso de decisiones impugnables, por una cuestión metodológica y didáctica se ha querido colocar ejemplos expresos en el presente apartado.

Así pues, tenemos en primer lugar el caso del artículo 101º del Código Procesal Civil, que establece que en caso de que se acepte la intervención de un tercero en el proceso, dicha resolución es inimpugnable, pues la norma bajo comentario establece expresamente que sólo será apelable la resolución que deniega el ingreso al proceso de quien no fue demandante o demandado: «*Artículo 101º.- Requisitos y trámite común de las intervenciones.- (...) El juez declarará la procedencia o denegará de plano el pedido de intervención. En el primer caso, dará curso a las peticiones del tercero legitimado. Sólo es apelable la resolución que deniega la intervención (...)*».

No nos encontramos de acuerdo con esta limitación. En efecto, el artículo efectúa una injusta limitación a la impugnación, pues puede producirse un potencial agravio a una de las partes al permitirse el ingreso al proceso de un tercero ajeno a la relación material y que en el fondo no tenga un interés para actuar en el proceso que se viene llevando a cabo, habiendo por tanto el juez errado en su apreciación. Si se permite apelar la denegación del ingreso, también debería estar permitida la impugnación de la resolución que admite el ingreso a través de una apelación sin efecto suspensivo.

Por otro lado, podemos señalar el caso del artículo 194º del Código, que establece que el juez puede solicitar la actuación de medios probatorios de oficio en decisión inimpugnable: «*Artículo 194º.- Pruebas de oficio.- Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente (...)*».

El artículo bajo análisis no contiene en este caso una indebida limitación al derecho de impugnación. Por el contrario, es indudable que si el juez considera que no cuenta con los elementos suficientes para generarse convicción en un proceso, y en vista a su papel de director del mismo, bien puede ordenar la actuación de determinados medios probatorios que coadyuven a que pueda pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Como vemos se privilegia el derecho a la prueba y por consiguiente a la misma tutela jurisdiccional.

Evidentemente, esta decisión no podría ser de ninguna manera arbitraria o contraria a derechos constitucionales, como por ejemplo ir contra la dignidad de la persona. Sin embargo, he allí el requi-

sito que establece el artículo en el sentido que esta resolución debe encontrarse debidamente motivada, pues caso contrario la misma devendría en nula.

Por otro lado, podríamos indicar el caso del artículo 310º del Código Procesal Civil, artículo que establece la inimpugnabilidad de la resolución que resuelve acerca de un trámite de recusación: «*Artículo 310º.- Formulación y trámite de la recusación.- (...) El trámite de la recusación no suspende el proceso principal, pero el recusado deberá abstenerse de expedir cualquier resolución que ponga fin al proceso. El juez a quien se remite el cuaderno tramitará y resolverá la recusación conforme a lo previsto en el artículo 754º en lo que corresponda. Su decisión es inimpugnable (...)*».

Limitación al derecho de impugnación sumamente complicada de aceptar. Y es que en el fondo, la decisión a ser adoptada sí es susceptible de generar un agravio en la parte que precisamente formuló la recusación contra el juez que viene conociendo el proceso.

Creemos sin embargo, que en vista a que la recusación no suspende el proceso principal, pero sí impide al juez recusado expedir resoluciones que puedan poner fin al proceso, la razón de ser de la inimpugnabilidad de la decisión bajo comentario consiste en un tema de efectiva tutela. Se trata de evitar que la pendencia de un incidente genere que el proceso que se venía tramitando se convierta es innecesario e ineficaz. Por último, ha sido en el fondo un tercero ajeno a la relación entre partes y juez quien ha resuelto sobre la conveniencia de que este último conozca de la controversia por la cual se acudió al órgano jurisdiccional.

Asimismo, podría señalarse el caso del artículo 628º del Código, relacionado a medidas cautelares: «*Artículo 628º.- Sustitución de la medida.- Cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida, con lo que el juez de plano la sustituirá. (...) Esta decisión es inimpugnable.*».

Típica resolución inimpugnable. No hay posibilidad de verdadero y real agravio en la parte solicitante de la medida cautelar. El futuro fallo a ser emitido se encuentra total y debidamente garantizado. Ante ello, la impugnación pierde su razón de ser.

Tenemos finalmente el caso de los laudos arbitrales. La Ley No. 26572, «Ley General de Arbitraje», establece en principio entre sus artículos 59º, 60º y 61º, la imposibilidad de interponer recurso de apelación contra un laudo arbitral, decisión que sólo podría ser impugnada a través de un recurso de anulación ante el Poder Judicial, siendo este último un recurso mediante el cual no se ve el fondo del asunto, sino la validez formal del laudo. En otras palabras, el arbitraje tiene como característica el hecho de contar en la mayoría de oportunidades con una sola instancia; y no se ha señalado al hecho como inconstitucional.

Ello es posible por la especial naturaleza del arbitraje, que en palabras de Ana María Arrarte implica: «*(...) contar con un procedimiento esencialmente dispositivo, en el que la flexibilidad y voluntad de las partes prime (...)*»<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> ARRARTE, Ana María. Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial. Artículo inédito al momento de escribir estas líneas.

Por otro lado, la posibilidad de que un proceso arbitral cuente con una sola instancia, en aras de lograr celeridad, economía y eficacia, nos hace pensar una vez más que la idea de un proceso judicial de instancia única puede no estar tan lejos de ser recogido por nuestro ordenamiento procesal con el único propósito de alcanzar una efectiva tutela jurisdiccional, y por ende justicia al caso concreto.

#### IV. A manera de conclusión

##### 1. Las razones para limitar el derecho de apelación (impugnación): lograr alcanzar una efectiva tutela

Hemos esbozado cuatro (4) grandes ideas a lo largo del presente trabajo a fin de legitimar las limitaciones al derecho de impugnación:

- (1) Podrá limitarse la impugnación mediante una declaración expresa de inimpugnabilidad en la norma jurídica, en aquellos casos en los cuales el posible agravio no sea real o efectivo. Además, en aquellos casos donde la impugnación sí está permitida, el juez debe usar como filtro de las apelaciones sin sentido, precisamente a la figura del agravio, y allí donde el mismo no se encuentre acreditado, la impugnación no debe ser siquiera concedida.
- (2) El principio o derecho a la doble instancia en materia procesal civil no es absoluto a la luz de nuestra legislación y los mismos instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte. Asimismo, se ha establecido que la doble instancia o pluralidad de instancia debe acomodarse al contexto actual al ser básicamente

una institución que es llenada de contenido por decisión del mismo legislador.

- (3) Debido a la grave crisis en la cual se encuentra inmerso nuestro Poder Judicial, hoy más que nunca debe privilegiarse a los principios de economía y celeridad procesal. Los mismos no contravienen al valor justicia, y por el contrario, siguen el mismo fin del proceso, servir de instrumento para los particulares en la búsqueda de efectiva tutela.

- (4) Todo el devenir de la impugnación debe enmarcarse en el concepto de tutela jurisdiccional efectiva; en ese sentido, y en aras de alcanzar su finalidad, garantías como la que ha sido objeto de estudio deben muchas veces ceder y verse limitadas, sin que ello por supuesto produzca un estado de indefensión en las partes.

##### 2. Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en aras de lograr la finalidad

Concluimos señalando que, si bien es posible limitar la impugnación procesal en aras de lograr cumplir la finalidad de la tutela jurisdiccional, si dicha limitación no se efectúa bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la limitación será injusta y por ende inconstitucional.

No puede pues causarse un estado de indefensión en los justiciables. Y es que toda limitación de un derecho debe ser razonable y proporcional en un Estado Constitucional y Democrático.