

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

## DEMYSTIFYING MYTHS: ECONOMIC ANALYSIS OF DOUBLE HEARINGS IN THE PERUVIAN CIVIL PROCESS

Fabio Núñez del Prado Chaves\*  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS

---

*Inside the Peruvian civil process, there are warranties that seek to protect the rights of the persons who come to it. Since these warranties are affirmed in the Peruvian Constitution and in international human rights treaties, they are considered as fundamental rights. One of them is the right to a second hearing.*

*The present essay is a constructive critic of the principle of the right to appeal. The hypothesis consists in proving, through an economic analysis, that the second hearing does not play a role in our legal system.*

**KEY WORDS:** *Peruvian civil process; principle of the right to a second hearing; Coase theorem; principle of effectiveness of judicial protection; principles of orality and immediacy.*

*Dentro del proceso civil peruano, existen garantías que buscan la protección de los derechos de las personas que acuden al mismo. Estas garantías, al estar consagradas en la Constitución peruana y en tratados internacionales sobre derechos humanos, son consideradas derechos fundamentales. Una de ellas es la doble instancia.*

*El presente ensayo es una crítica constructiva al principio de doble instancia. La hipótesis que se sustenta consiste en acreditar a través de un análisis económico que la doble instancia no cumple una función en nuestro sistema jurídico.*

**PALABRAS CLAVE:** *Proceso civil peruano; principio de doble instancia; teorema de Coase; principio de efectividad de la tutela jurisdiccional; principios de oralidad e intermediación.*

\* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia de los cursos de Responsabilidad Civil, Teoría de la Prueba, Personas Jurídicas y Tutela Cautelar en la PUCP. Miembro de la Asociación Internacional Arbitration Academy. Ex Interno de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez. Contacto: fabio.np05@gmail.com

## I. DESMITIFICANDO MITOS

Los mitos –dice De Trazegnies– son saludables y enriquecedores con relación a esas verdades y a esos conocimientos que no pueden ser expresados sino míticamente. Pero cuando la forma mítica desciende del plano de los grandes misterios de la Divinidad, del Cosmos y del Yo, y pasa a sustituirse a la razón o a la observación en los campos propios del análisis crítico o de la comprobación rigurosa de los hechos, entonces el mito se prostituye y se convierte en pseudo-ciencia o en pseudo-historia. En este caso, su función es empequeñecedora y oscurecedora antes que iluminadora y ampliadora de la conciencia<sup>1</sup>.

Como se puede apreciar, la historia –y, en esa medida, nuestro propio conocimiento– está salpicada y contaminada por mitos y leyendas, absurdas creencias y afirmaciones inexactas<sup>2</sup>. La doble instancia es parte de esta historia: La historia de los mitos. Ciertamente, muchos no generan mayor problema pues son inofensivos e intrascendentes y, una vez develados, sólo sirven para recordarnos que la ignorancia humana es atrevida<sup>3</sup>. El problema se presenta con aquellos mitos sacralizados elevados a rango de conceptos intocables, respecto de los cuales no se puede criticar, bajo pena de cometer un atentado conceptual, histórico o dogmático<sup>4</sup>.

Así, por lo general, somos poco dados a cuestionar las premisas de aquello que nos rodea. Es más fácil así. Y cuando alguien lo hace, estamos tan condicionados y aturridos por nuestra pasividad que automáticamente pensamos: “No, no puede ser”, sin siquiera haber analizado el nuevo planteamiento<sup>5</sup>. En este contexto, es menester invocar el método car-

tesiano de la duda a fin de repensar aquellas instituciones que la Historia –y sólo la Historia– ha dado como ciertas.

Pensamos con convicción que este método tiene especial cabida en el Derecho, pues existen un sinnúmero de instituciones jurídicas que suelen ser consagradas sin un previo análisis de sus fundamentos. Y, para nuestra desgracia, sucede que muchas de estas instituciones sobreviven más por negligencia nuestra que por las virtudes de sus creadores<sup>6</sup>. Uno de los mitos más arraigados entre los juristas consiste en creer que las instituciones jurídicas son eternas, que no tienen comienzo ni fin porque son contemporáneas de la humanidad: Comenzaron con el primer hombre y terminarán con el último<sup>7</sup>.

En esta línea de criterio, el profesor Juan Monroy ha expresado que “hay algunos temas cuyo reconocimiento constitucional les produce una situación muy curiosa, es como si su ubicación en el texto constitucional los colocara más allá de toda disputa, pasando a convertirse en verdades inmutables sobre las que debe asentarse, por siempre, todo lo que se regule respecto de él”<sup>8</sup>.

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

<sup>1</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “La responsabilidad extracontractual”. Tomo 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990. p. 27.

<sup>2</sup> PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. “¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 46. 2003. p. 315.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus* 9. 2003. p. 414. En la misma línea, Pasquel y Bayly han señalado que “el problema lo traen aquellos otros mitos y absurdas creencias que se vuelven oficiales –como la quema de brujas o la idea de la superioridad de la raza aria– y que tienen consecuencias directas en la realidad, limitando nuestras posibilidades y, por qué no, nuestra propia libertad”. PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *Op. cit.* p. 316.

<sup>5</sup> PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *Op. cit.* *Loc. cit.*

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. *Op. cit.* *Loc. cit.*

<sup>8</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. “Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 25. 1993. pp. 47-48.

<sup>9</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *Op. cit.* p. 407.

Como se puede apreciar, el Derecho es bastante afecto a los falsos mitos, lo que entorpece artificialmente su desarrollo como ciencia social. Nosotros pensamos —y buscaremos acreditar a través del presente trabajo— que la doble instancia es parte de la historia de los mitos. El culto al doble grado se ha convertido, pues, en una verdad inquestionable, irrefutable e incontrovertible.

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

## II. APUNTES SOBRE LA DOBLE INSTANCIA

En nuestro ordenamiento jurídico, el proceso judicial se divide en dos instancias. En este sentido, nuestra Constitución Política atribuye competencia a un órgano jurisdiccional para que dirima el conflicto en primera instancia, y a otro órgano la función de revisar el fallo en segunda instancia. Es en esta distinción donde reside el principio de doble instancia o doble grado de jurisdicción<sup>10</sup>.

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

El Derecho Procesal parte de la idea que un único grado no ofrece garantías suficientes de justicia en la delicada labor de lógica jurídica. Por ello, quiere que el examen y la decisión de una controversia no queden terminados de una sola vez, sino que haya la posibilidad de que el fallo sea revisado, según el principio de doble grado de jurisdicción<sup>11</sup>.

En nuestro sistema jurídico, el derecho a la doble instancia tiene rango constitucional, al encontrarse reconocido en la Constitución<sup>12</sup>. Al respecto, el numeral 6 del artículo 139 de la Constitución señala expresamente lo siguiente:

Artículo 139.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 6. La pluralidad de instancia”.

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

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

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

Artículo 11.- “Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley”.

<sup>10</sup> Si bien el principio de doble instancia y doble grado de jurisdicción tienen marcadas diferencias conceptuales, para efectos del presente trabajo, se les entenderá como sinónimos. Sobre dicho particular, el profesor Alsina ha precisado que “es discutida en doctrina la naturaleza jurídica de este recurso. ¿Importa un nuevo examen o constituye un nuevo juicio? El distingo tiene importancia, porque, en el primer caso, el material sobre el cual debe trabajar el tribunal de apelación es nada más que el acumulado en la primera instancia, en tanto que en el segundo pueden aducirse nuevas defensas y ofrecerse nuevas pruebas. Para nosotros es nada más que un doble examen, pues el tribunal de apelación solo puede fallar sobre lo que es materia del recurso. Eso no quiere decir que el juez esté subordinado al tribunal, ni esté vinculado al pronunciamiento del inferior, porque [...] el tribunal de apelación extiende su examen a los hechos y al derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción. Tampoco impide que excepcionalmente puedan proponerse nuevas defensas [...], hechos nuevos (posteriores al auto de prueba de primera instancia, o anteriores, pero desconocidos), ni que se produzca prueba respecto de hechos alegados en la primera instancia, cuya prueba no se realizó sin culpa de las partes”. Ver: ALSINA, Hugo. “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar. 1961. p. 207.

<sup>11</sup> ROCCO, Ugo. “Tratado de Derecho Procesal Civil”. Buenos Aires: Depalma. 1957. p. 386.

<sup>12</sup> En relación al reconocimiento constitucional de la doble instancia, la profesora Ariano ha expresado que “cuando se habla de impugnaciones y del debido proceso, el pensamiento discurre inmediatamente hacia aquella disposición de la Constitución de 1993 que reconoce como un “derecho” (del justiciable, se entiende, pese a su colocación sistemática) el de la “pluralidad de instancia” (artículo 139, inciso 6), o sea se piensa inmediatamente en que el proceso, por tal disposición constitucional, no puede desenvolverse a instancia única, vale decir ante un único juez, sino que puede ser “prolongado” ante otro, a la sazón “superior””. Ver: ARIANO DEHO, Eugenia. “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”. En: *Advocatus* 9. 2003. p. 396.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido esencial del principio de doble instancia en el caso Fujimori, en las siguientes palabras: “Pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal. Asimismo, este Tribunal interpreta que pertenece al contenido esencial del derecho, el tener oportunidad de recurrir toda resolución judicial que imponga directamente a la persona una medida seria de coerción personal”<sup>13</sup>.

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

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

Artículo 8.- “Garantías Judiciales[...]

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

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

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

Artículo 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”.

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

el Pacto de San José, el derecho al doble grado de jurisdicción se predica solamente respecto del proceso penal y contra las sentencias que impongan una pena al procesado. Ese es el contenido que le da dicho tratado internacional al doble grado de jurisdicción, con lo cual, resulta obvio que para el referido instrumento el derecho al doble grado de jurisdicción no es un derecho que se predique respecto de todos los procesos ni respecto de todas las resoluciones. Siendo ello así, por ejemplo, una norma que establezca la inapelabilidad de una resolución dictada en un proceso civil, incluso la sentencia, es una norma que no contraría lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas”<sup>14</sup>.

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

### III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA DOBLE INSTANCIA

#### A. El error es un riesgo permitido

El –presunto– fundamento de la doble instancia es el “error”. Ese deseo incesante de que en el transcurso del proceso no exista ningún vicio. En buena cuenta, se trata de la flamante necesidad de que el proceso sea perfecto. Así, en el campo jurídico –y con especial énfasis en el proceso– los medios impugnatorios –y, por ende, los recursos– “aparecen como el lógico correctivo para eliminar los vicios e irregularidades de los actos, representando un modo de buscar su perfeccionamiento; y, en definitiva, una mayor justicia”<sup>15</sup>.

Al respecto, Solé, sobre el fundamento de la doble instancia, expresa lo siguiente: “La falibilidad humana y la idea de un posible error en la resolución judicial, condicionan la existencia

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 4235-2010-PHC, de fecha 11 de agosto de 2011. Fundamento Jurídico 17.

<sup>14</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. p. 414.

<sup>15</sup> VESCOVI, Enrique. “Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica”. Buenos Aires: Depalma. 1988. p. 25.

de los recursos y del segundo grado de la jurisdicción en lo que de examen sobre la corrección y regularidad de la resolución dictada por el juez de instancia supone la apelación. Dadas las imperfecciones del conocimiento humano, todo fallo puede ser desacertado o injusto; cuando ello sucede, al Estado le interesa rectificar su pronunciamiento”<sup>16</sup>.

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

El problema estriba en que sabemos que los jueces siempre se van a equivocar. Es más, se equivocan constantemente y, para nuestra desgracia, lo sabemos. Pero no sólo lo sabemos, sino que no podemos hacer nada para evitarlo. El error se presenta entonces como una realidad no deseada, pero inevitable. En ese sentido, podemos entender que el “error judicial” representa la “asunción de un riesgo” o, dicho de otra manera, un “riesgo permitido”.

En ese sentido, el profesor Ragués i Vallés ha expuesto que “otros planteamientos recurren a la idea –tomada de la teoría de la imputación objetiva– del riesgo de error judicial como riesgo permitido, cuya asunción es necesaria para la preservación social”<sup>17</sup>.

Pues bien, ¿cuál es el problema de la doble instancia? Pues se deja de lado que quienes revisan son también seres humanos, tan humanos como el de primera instancia, con lo que es perfectamente posible –como ocurre con cierta frecuencia– que la primera instancia haya dictado una sentencia correcta y la segunda instancia sea quien se equivoque<sup>18</sup>. Podemos apreciar entonces que la doble instancia es una respuesta a la falibilidad humana. No obstante, si estamos de acuerdo en

que ello es así, no resiste el menor análisis que quienes revisen sean también humanos, quienes son tan falibles como el de primera instancia.

Al respecto, el profesor Mosset Iturraspe ha expresado lo siguiente: “Es verdad de perogrullo que los jueces son hombres y que nadie escapa o está exento del error de sus actos; de donde la tesis “negadora del error”, o parte de la consideración de un juez-Dios o superhombre o, lo cual es también muy malo, de pensar que es Derecho “cualquier cosa”, que da lo mismo esto o aquello o bien que el juez es una especie de santón que convierte en Derecho “todo lo que dice” o aplica”<sup>19</sup>.

De igual manera, el profesor Calamandrei se ha expresado con las mismas palabras: “No es honesto refugiarse atrás de la cómoda frase acerca de que la magistratura es superior a toda crítica y a toda sospecha, como si los magistrados fuesen criaturas sobrehumanas, no tocados por la miseria de esta tierra y, por lo tanto, intangibles”<sup>20</sup>.

En ese sentido, nos preguntamos: ¿por qué realizamos tantos esfuerzos en eliminar el riesgo de error judicial? Sabemos que no es posible, y aun así insistimos en la revisión de los fallos.

Entonces, la propuesta del presente trabajo es ponderar. Por un lado, no tenemos la certeza –ni medianamente– que los vocales de segunda instancia corregirán los fallos. Sin embargo, por el otro lado, sabemos con precisión que la consagración de la doble instancia supone la dilación del proceso a tal extremo que muchas veces se hace imposible que la decisión sea efectiva. ¿No se trata de un discurso contradictorio? ¿No debería repensarse esta institución? ¿Dónde queda la efectividad? Estas son algunas de las preguntas que hasta el día de hoy han quedado sin respuesta.

En relación a este punto, el profesor Priori ha expresado que “la diferencia es que el ser humano solo puede garantizar una justicia pron-

<sup>16</sup> SOLÉ RIERA, Jaume. “Recurso de apelación”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal 2.1998. p. 577.

<sup>17</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada”. En: HURTADO POZO, José (Director). “La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Procesal Penal 2004”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. p. 148.

<sup>18</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. p. 408.

<sup>19</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. “El error judicial”. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 1999. p. 10.

<sup>20</sup> CALAMANDREI, Piero. “Elogio de los jueces escrito por un abogado”. Lima: ARA Editores. 2006.

ta y oportuna, pues eso sí está a su alcance, pero no una decisión correcta, pues ningún humano podría garantizar ello”<sup>21</sup>. Como es fácil advertir, el riesgo de error judicial es un riesgo permitido.

### B. Desperdicio de tiempo: Justicia retrasada es justicia denegada

Quizá la frase esbozada por Couture podría resumir la preocupación que nos envuelve cuando escribimos acerca de este punto: “en el proceso, el tiempo es algo más que oro: es justicia”. El proceso demora. La naturaleza del mismo exige tiempo. El inconveniente surge cuando el tiempo se convierte en un verdadero villano que poco a poco se hace invencible<sup>22</sup>.

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

Los dos juristas más influyentes en la historia del Derecho Procesal, Francesco Carnelutti y Giuseppe Chiovenda, retratan con dos frases el valor que tiene el tiempo en el proceso.

Así, Carnelutti, en una emblemática frase, expresa lo siguiente: “El valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido. No sería demasiado atrevido pa-

rangonar el tiempo a un enemigo con el cual el juez lucha sin descanso. Por lo demás, también bajo este aspecto, el proceso es vida. Las exigencias que se plantean al juez en orden al tiempo, son tres: detenerlo, retrocederlo o acelerar su curso”<sup>23</sup>.

De igual manera, Chiovenda comparte sus preocupaciones en otra alegórica frase, bajo los siguientes términos: “Se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o defenderse en juicio para pedir justicia”<sup>24</sup>.

Por otra parte, otra ilustre frase, resaltada por Priori, revela la relación de tensión entre tiempo y proceso: “El tiempo se convierte en la peor amenaza, y peor aún en la más grave lesión a una situación jurídica que puede llegar muchas veces incluso a convertirla en irreparable”<sup>25</sup>.

Lo central es comprender que detrás de ese complejo diseño de resolución de conflictos creado por el legislador –llamado proceso– existe una tragedia humana que exige tutela. Entonces, cuando el respeto irrestricto de las garantías que dilatan el proceso hacen de esta tragedia una más dramática, consideramos que garantías como la segunda instancia deben pasar a un segundo plano<sup>26</sup>.

Al respecto, el profesor Priori ha señalado lo siguiente: “Son varias las ocasiones en las que los procesalistas olvidan en sus estudios que están ante un instituto procesal y, como tal, ante un instituto necesariamente instrumental, creado por el ser humano para servir a las

<sup>21</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. p. 405.

<sup>22</sup> Al respecto, el profesor Priori ha señalado que “un tema muy relacionado con la pluralidad de instancias es la demora de los procesos judiciales, lo que hace que la justicia que tarda no sea justicia. Ello es meridianamente cierto desde que, en nuestro sistema, no sólo existe la posibilidad de interponer recurso de apelación, sino poder recurrir a la Corte Suprema en vía de casación. Con ello, lo sabemos todos, tenemos que la duración de un proceso puede hacerle un muy flaco favor a la garantía de una mejor justicia. Ello puede agravarse más aún, desde que el Tribunal Constitucional (TC) ha abierto la posibilidad –por cierto excepcional, como lo dice el propio TC– de poder iniciar procesos de amparo contra resoluciones judiciales no sólo por ser afectados los derechos fundamentales de naturaleza procesal, sino cualquier otro derecho fundamental (derecho a la propiedad o al honor, por ejemplo). En este sentido, tenemos la sentencia pronunciada en el caso Apolonia Collica (Expediente 3179-2004-PA/TC)”. Ver: PRIORI POSADA, Giovanni. Ibid. p. 415.

<sup>23</sup> Esta es quizá la frase más emblemática de Francesco Carnelutti, citada por miles de procesalistas en la actualidad.

<sup>24</sup> En esta famosa frase, Chiovenda sustenta su teoría acerca de las providencias cautelares.

<sup>25</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. En: *Ius et Veritas* 26.2003. p. 173.

<sup>26</sup> CARNELUTTI, Francesco. “Sistema de Derecho Procesal Civil”. Tomo I. Buenos Aires: Uteha. 1944. p. 243.

necesidades vitales de él mismo y no para servir al proceso en sí [...]. Se olvida que detrás del proceso hay siempre un drama humano. Muchos estudios se quedan en esa simple creación humana que es el proceso, olvidando que este tiene por finalidad hacer que las situaciones jurídicas de los particulares realmente se realicen, es decir, sean efectivas, para así alcanzar la justicia”<sup>27</sup>.

Es ante esta situación que valdría la pena preguntarnos si es que una sentencia dictada luego de seis, ocho o hasta diez años puede ser efectiva en la realidad. Si acaso el problema del tiempo y del proceso no podría encontrar su razón de ser en uno de esos principios consagrados que la Historia –y sólo la Historia– ha dado como cierto.

El principio de doble instancia nos coloca ante una situación dramática. Nos obliga a ponderar entre una presunta minimización del error o la inequívoca dilación del proceso que muchas veces termina por lapidar una decisión oportuna. Ante esta situación trágica, con la consagración del principio de doble instancia se optó por desperdiciar el recurso más valioso para el proceso: El tiempo.

Sobre el particular, los profesores Rivarola y Mendoza han señalado que “la minimización del error no es el único fin del proceso, pues la justicia certera que no llega nunca no es justicia. Es por ello que la expedición de una sentencia firme en tiempo razonable, es también un fin importante del proceso. Sin duda, la paz social en justicia no es lograda con fallos que no lleguen nunca, por más certeros que sean”<sup>28</sup>.

El profesor Priori, por su parte, ha expresado su más sincera preocupación sobre la disyuntiva entre el tiempo y el proceso en las siguientes palabras: “El dilema descrito se agrava si somos conscientes de qué tan injusta es una decisión incorrecta como una decisión tardía.

El problema, sin embargo, siempre ha sido visto desde una perspectiva absolutamente tendenciosa, pues siempre se ha querido hacer ver que injusta es una decisión incorrecta; mas no una decisión tardía”<sup>29</sup>.

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

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

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

Hay quienes, sin embargo, han formulado una ardua defensa del derecho a impugnar, bajo los siguientes términos: “No sé bien a qué respondan realmente estas instancias en pro de la limitación de las impugnaciones existentes –se oye decir que es para hacer el proceso más rápido y, como consecuencia, eficaz–, pero, por lo que a mí respecta, no me cabe duda alguna que, si es que realmente tenemos alguna sensibilidad por el debido proceso, ellas resultan ser imprescindibles, pues contrariamente a lo que algunos piensan, sin impugnaciones no sería posible la efectividad de aquél y las

<sup>27</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus* 9. 2003. p. 405.

<sup>28</sup> RIVAROLA REISZ, José Domingo y Alexandra MENDOZA DEL VALLE. “IusNovorum: Apelación y reenvío excepcional por nueva prueba”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). “Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución”. Lima: Palestra Editores. 2013. p. 401.

<sup>29</sup> Por otra parte, el profesor Priori ha señalado que “la desesperada búsqueda de una supuesta justicia basada en la corrección de las resoluciones, es decir, en la insaciable búsqueda de decisiones infalibles (aunque en el fondo uno sea consciente de que llegar a ellas es imposible), ha terminado por lapidar una decisión oportuna y efectiva y, en consecuencia, por matar a la justicia”. PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus* 9. 2003. p. 407.

partes quedarían expuestas a un probable –y siempre posible– ejercicio arbitrario de los poderes judiciales”<sup>30</sup>.

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

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

### C. Desperdicio de información: Afrenta al principio de oralidad

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

Ahora bien, resulta pertinente preguntar lo siguiente: ¿Por qué decimos que con la doble

instancia se desperdicia información? Por una razón muy sencilla: El proceso se ha estructurado de una forma en la que el único que verdaderamente cuenta con información que le permite resolver la controversia justamente es el juez de primera instancia; sin embargo, su fallo nunca tiene una interferencia en la vida de las personas.

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

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

A pesar de ello, se ha dispuesto que los vocales de segundo grado, sí, aquellos que no conocen a las partes, aquellos que no saben en qué circunstancias el testigo respondió las preguntas, aquellos que no conocen el lugar de los hechos porque no estuvieron ahí, aquellos que no preguntaron ni tienen cómo preguntar a los peritos, aquellos que no vieron el video o no escucharon la cinta; sí, aquellos que sólo pueden leer aquello que el de primer grado vió, pueden modificar su fallo. ¿Es eso justo y razonable?<sup>31</sup>

<sup>30</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Op. cit. Loc. cit.

<sup>31</sup> Agrega Priori que “hoy los abogados pueden desilusionarse. Aquellos que buscaron los mejores peritos. Aquellos que plantearon dentro de su estrategia que el Juez vaya al lugar de los hechos con las partes y con los peritos, para explicar la complejidad del problema. Aquellos que prepararon extraordinariamente bien su audiencia de pruebas y lograron que los testigos y la contraparte se pusieran nerviosos, titubearan y cayeran en contradicciones. En verdad, nada de ello sirve, pues el proceso será revisado por alguien que no ha visto nada de eso. Finalmente el conflicto se resuelve sobre la base de una realidad escrita, de una realidad inventada, de situaciones imprecisas en pliegos y pliegos de papel. Eso es el proceso. El proceso así pensado no solo olvida sino que deja de lado el drama humano. No importan las personas, los protagonistas, sino los papeles. El fondo del tema no interesa, sino los papeles”. Ver: PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. pp. 418-419.

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

La siguiente pregunta cae por su propio peso: ¿Cuál es el sentido de la existencia de la primera instancia? Si las decisiones de los jueces de primera instancia no van a tener ningún efecto práctico en la realidad, ¿por qué no prescindimos de ella? ¿Por qué no ahorramos el costo que se deriva de la adquisición de la información en que tiene que incurrir el Juez de primera instancia? Nuevamente, es preciso reiterar que la adquisición de la información tiene un costo. Muchas veces un costo realmente significativo. ¿Por qué no nos ahorramos ese costo prescindiendo de la primera instancia?

Nosotros afirmamos con total consistencia que la consagración de la doble instancia significa un absurdo desperdicio de información. No podría ser de otra manera, ya que la función de la primera instancia hoy en día se limita exclusivamente a consignar por escrito toda la actividad procesal que se realizó en ella.

Pero entonces, ¿dónde quedan las ventajas de la oralidad que tanto se celebraban hoy en día? Nosotros también afirmamos con contundencia que la consagración de la doble instancia implica una deleznable afrenta al principio de oralidad.

Lo cierto, como no pasará desapercibido, es que la intermediación y la oralidad son los mejores soldados de los que se puede valer un juez para llegar a la verdad material. Son los instrumentos de los que se vale el juez para tener una cabal comprensión de los hechos. ¿Cómo podría comprenderse la realidad que motivó el conflicto si no se ha tenido un contacto directo con las partes y los hechos? Es

por definición imposible. La oralidad y la intermediación son imprescindibles para llegar a la verdad material de los hechos. El culto al doble grado rompe este esquema. Con la doble instancia, la oralidad y la intermediación se convierten en un saludo a la bandera. Pasan a un segundo plano.

En ese sentido, el profesor Arazi ha señalado que “la revisión en materia de apreciación de las pruebas conduce a disminuir las ventajas de la intermediación, pues el juez que recibió los diferentes medios, en especial la declaración de las partes y de los testigos, es quien se encuentra en mejores condiciones para apreciarlos en forma definitiva, salvo absurdo o manifiesta arbitrariedad”<sup>32</sup>.

De igual forma, el profesor Marinoni ha señalado de manera muy contundente que “más grave es la circunstancia de que el doble grado inutiliza las ventajas del procedimiento oral. Ahora, es sabido que la oralidad, en razón de la inmediatez, permite una mejor aprehensión de los hechos, contribuyendo para una mayor cualidad de la prestación jurisdiccional”<sup>33</sup>.

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

En esa línea de criterio, el profesor Priori señaló que “una tesis así resulta absurda, pues se cree que aquél que revisa se encuentra en mejor posibilidad de juzgar que el de primer grado. Pero se olvida que aquel que resuelve en primer grado es aquel que tuvo intermediación con los sujetos y con las pruebas”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> ARAZI, Roland. “Derecho Procesal Civil y Comercial: partes general y especial”. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1995. p. 491.

<sup>33</sup> MARINONI, LuizGuilherme. “El doble grado de jurisdicción”. En: Estudios sobre los Medios Impugnatorios en el Proceso Civil. Lima: Gaceta Jurídica. 2011. p. 47.

<sup>34</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. p. 418.

Sostenemos nuevamente que la consagración de la doble instancia implica una deleznable afrenta a la oralidad. La doble instancia no hace más que reafirmar que todas las ventajas de un proceso oral no tienen ningún asidero en el proceso judicial peruano. No podría ser de otra manera, ya que la decisión de cosa juzgada se dicta en base a una realidad escrita. Todo lo oral que pudo caracterizar a un proceso judicial peruano en primera instancia no sirvió de nada<sup>35</sup>.

Si el proceso tiene por finalidad fundamental la celeridad de la justicia, y está marcado por el principio de la oralidad, es incomprensible la razón por la cual se preserva el doble grado en lo tocante a la materia de hecho. Nadie puede sustentar –como bien señala Marinoni– que, en lo conceniente a la materia de hecho, la decisión del órgano colegiado es más adecuada que la decisión del órgano monocrático. La doctrina exalta la celeridad y la oralidad, pero no percibe que hay una clamorosa contradicción entre esta posición y la del culto al doble grado<sup>36</sup>.

Como bien señala Chiovenda, si no hay ninguna certeza de que juzguen en definitiva instancia los mismos jueces de la audiencia en la cual el examen testimonial ocurre, da lo mismo que ello se haga ante un juez único<sup>37</sup>. Es evidente que la doble instancia viola el principio chiovendiano de la identidad del juez que actúa las pruebas y el juez que juzga.

En esa línea, el profesor Peyrano ha señalado expresamente que “el sistema de oralidad, evidentemente, no se adecua al de la doble instancia. La oralidad y la instancia única van de la mano; incluso considera que no parecen compatibles la oralidad y la doble instancia”<sup>38</sup>.

Por su parte, el profesor Marinoni ha señalado expresamente que “el doble grado, en el caso de la materia de hecho, constituye un atentado contra la oralidad, que propicia el juzgamiento de mayor calidad y, por tanto, una tutela jurisdiccional adecuada. El juez cuando entra en contacto con las partes y con la producción de la prueba, puede formarse una convicción más próxima del ideal respecto de los hechos que dan contenido al litigio. En el recurso, el tribunal aprecia la materia de hecho a partir de la documentación de los actos procesales y, así, se pierde el beneficio generado por la inmediatez del contacto entre el juez y la prueba”<sup>39</sup>.

De igual manera, el profesor Loutayf Ranea se ha pronunciado señalando que “con la doble instancia resulta quebrada la vigencia del principio de inmediación y no se percibe como el sistema signifique un adelanto sustancial con respecto al de la doble instancia, pues los restantes miembros del tribunal sólo pueden con la versión escrita de las actuaciones desarrolladas ante el juez instructor”<sup>40</sup>. Seguidamente, el profesor Peyrano expresó que “lo inapropiado de la doble instancia en un sistema de oralidad, solo tiene valor tratándose de todo lo vinculado con el material fáctico de la causa, único aspecto en el cual la consagración de la doble instancia atentaría contra el principio de inmediación”<sup>41</sup>.

A nuestro parecer, el sistema de apelación atenta contra la finalidad de todo proceso judicial, la cual consiste en hacer justicia sobre la base del conocimiento de la verdad de los hechos<sup>42</sup>. Ello debe ser definitivamente así, en tanto que a la verdad material se llega mediante la prueba, y –como es evidente– la segunda instancia no actúa ni valora una sola prueba.

<sup>35</sup> Al respecto, el profesor Loutayf ha señalado que “si se trata de una oralidad actuada, es decir, que se transcribe por escrito lo acontecido oralmente, puede instituirse la doble instancia, pero perdiendo la segunda instancia todas las ventajas que acarrea el sistema oral”. Seguidamente señaló que “al establecer el artículo 129 el sistema oral en toda clase de procesos judiciales, ello constituye una circunstancia que obstaculiza la implementación de la doble instancia”. Ver: LOUTAYF RANEA, Roberto. “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1989. p. 40.

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 54.

<sup>37</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. “Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali”. En: PROTO PISANI, Andrea. “Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)”. Milán: Giuffrè. 1993. p. 416.

<sup>38</sup> PEYRANO, Jorge. “El proceso civil: principios y fundamentos”. Buenos Aires: Astrea. 1978. p. 308.

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 53.

<sup>40</sup> LOUTAYF RANEA, Roberto. Op. cit. p. 24.

<sup>41</sup> PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 309.

<sup>42</sup> RIVAROLA REISZ, José Domingo y Alexandra MENDOZA DEL VALLE. Op. cit. Loc. cit.

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

Para nosotros, es claro que la doble instancia no sólo implica –como bien señaló Marinoni– un atentado a la oralidad, sino un grosero e insolente insulto a toda la actividad procesal que realizó el juez de primer grado. No terminamos de entender de qué sirvió todo ese rico bagaje que por mucho tiempo –y a través de un gran esfuerzo intelectual– realizó el juez de primera instancia. Nos negamos a creer que únicamente para registrarlo por escrito. Cualquier institución debe cumplir una función y hasta ahora no terminamos de entender cuál es la función que cumple la primera instancia. ¿Se hizo tanto por nada? Podemos concluir entonces que, “para que el Estado preste una tutela jurisdiccional a las situaciones jurídicas materiales, garantizando el derecho del ciudadano a una tutela jurisdiccional efectiva y tempestiva, es imprescindible que, en nombre de la oralidad y de la celeridad, sea eliminado el doble grado”<sup>43</sup>.

#### D. Desperdicio de dinero: No hay tal cosa como un almuerzo gratis

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

Como todos sabemos, la consagración de la doble instancia no es gratuita, sino extremadamente costosa. Eleva los costos administrativos que no son exactamente de valor simbólico. Se trata de sueldos, infraestructura, personal, notificaciones, transporte, tiempo, etcétera. Cada uno de estos conceptos repre-

senta una cuota significativa del presupuesto de la República. No cabe la menor duda que la doble instancia implica un gasto para el erario nacional.

En ese sentido, se puede concluir que somos los propios particulares quienes, con nuestros impuestos, subsidiamos a la doble instancia. En otras palabras, estamos obligados a pagar para que los procesos sean más largos. Si hiciésemos estadísticas y enumeráramos los costos administrativos que se derivan de la consagración de la doble instancia, nos percataríamos que son muy significativos. Este es un costo más que debe tenerse en cuenta al momento de evaluar la funcionalidad de la misma.

#### E. La patética desvalorización del juicio de primer grado

Se suele decir, con no poca frecuencia, que la justificación de la doble instancia estriba en el derecho de los ciudadanos a una decisión más experimentada que la del primer grado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en el caso Fujimori, enfatizó dicho punto en los siguientes términos: “A juicio del Tribunal Constitucional, esta exigencia guarda relación con una característica del *telos* del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una razón más experimentada en comparación con aquella que emitió la primera resolución”<sup>44</sup>.

Por último, juristas de la trascendencia de Chiovenda han expresado que “todo juicio debe poder pasar sucesivamente por el conocimiento pleno de dos tribunales, y este doble grado representa una garantía de los ciudadanos, porque el segundo juez aparece con más autoridad que el primero”<sup>45</sup>.

Como es fácil advertir, tanto el Tribunal Constitucional como doctrina muy autorizada han precisado que la segunda instancia se encuentra en mejores condiciones para resolver la controversia, lo que constituiría una razón de peso para justificar la doble instancia. Sin embargo, en nuestra opinión, esta línea de pensamiento –antes que un argumento– es una falacia.

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Óp. cit.* p. 56.

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 4235-2010-PHC, de fecha 11 de agosto de 2011. Fundamento Jurídico 22.

<sup>45</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. “Curso de derecho procesal civil”. México D.F.: Oxford University Press. 2003.

En esa línea, el profesor Meyer ha señalado que “si los jueces de apelación valen más que los de primera instancia, que juzguen directamente la causa, pero no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y como por vía de experimento, en manos de hombres ineptos”<sup>46</sup>.

En el mismo orden de ideas, el profesor Solé ha señalado que “si atendemos a criterios de experiencia del personal jurisdiccional, relacionada con la complejidad jurídica de los asuntos que se someten al primer grado de la jurisdicción, se cuestiona el por qué no encomendar, desde un principio, la decisión del proceso a esos órganos colegiados más expertos y mejor preparados”<sup>47</sup>.

Si fuese cierto que los vocales de segunda instancia son más experimentados que los de primera instancia, ¿no sería más eficiente abolir la primera instancia para que así los vocales de segundo grado resuelvan la controversia sin posibilidad de apelar? La alternativa parece contundente.

Esta tesis ha sido ratificada por Vescovi, que ha señalado que “si el tribunal de segunda instancia es el que predominará y, por otra parte, es el que está mejor integrado (generalmente por la colegialidad y mayor versación y experiencia de sus miembros), ¿por qué no se suprime, entonces, la primera instancia?, se ha preguntado. En definitiva, se dice, conduce a la desvalorización del juicio de primer grado y la glorificación de los recursos”<sup>48</sup>. Por su parte, Cappelletti ha expresado sus objeciones al principio de doble instancia, señalando que “la apelación implica una perniciosa desvalorización del juicio de primer grado”<sup>49</sup>.

Pero la ineficiencia de la doble instancia va mucho más allá. En efecto, si la segunda instancia va a tener la decisión final, ¿de qué sirvió todo el trabajo del juez de primera instancia? ¿Para documentar las actuaciones procesales? ¿Para escribir sus apreciaciones y enviárselas a los vocales de segundo grado? ¿Para llenar unas actas que el de segunda instancia pueda leer, y en base a eso resolver? Bajo estas premisas,

la labor del juez de primera instancia termina siendo prácticamente irrelevante.

En esa línea, el profesor Priori ha expresado que “si el de segundo grado puede modificar el fallo de primer grado, nos preguntamos entonces, ¿para qué sirvió toda la actividad procesal de primer grado? Parece ser que sólo para llenar unas actas que el de segundo grado puede leer, y con eso que lee puede resolver. ¿Para qué audiencias? ¿Para qué intermediación procesal? ¿Para qué existe una norma que dice que el juez que estuvo presente en la audiencia de pruebas es el que debe sentenciar?”<sup>50</sup>.

Coincidimos plenamente con Cappelletti y con Vescovi cuando señalan que la doble instancia implica una perniciosa desvalorización del primer grado. Así, si lo que sustenta a la doble instancia –bajo las consideraciones del Tribunal Constitucional– es que la segunda instancia garantiza una decisión más experimentada, sugerimos que se suprima la primera instancia y se coloque a los experimentados vocales de segunda instancia en la primera a fin de que resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo.

#### F. La segunda formulación del Teorema de Coase

Uno de los grandes desafíos al que nos enfrentamos hoy en día consiste en determinar cuándo es que la asignación de los recursos debe hacerse a través del mercado, mediante decisiones atomizadas y no coordinadas de ofertantes y demandantes, y cuándo debe hacerse bajo un esquema planificador y a través de decisiones centralizadas. En el libro “The problem of the social cost” de Ronald Coase, encontramos la respuesta a esta pregunta a través del “Teorema de Coase”.

Este trabajo destaca que cuando los costos de transacción no son prohibitivos, las personas llevarán a cabo transacciones generalizadas, creando así mercados, no sólo para evitar caer en ineficientes estructuras jerárquicas y

<sup>46</sup> SOLÉ RIERA, Jaume. Op. cit. p. 578.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> VESCOVI, Enrique. Op. cit. p. 27.

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, Mauro. “Proceso, Ideologías, Sociedad”. Citado en: TUESTA SILVA, Wilder. “La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia”. Tesis para optar el título de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal. 2010. p. 15.

<sup>50</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. pp. 418-419.

centralizadas, sino también para llenar el vacío dejado por la inexistencia de mercados o mecanismos de organización centralizada. El mercado, por sus propios mecanismos, tiende a acercarse a la solución más eficiente<sup>51</sup>.

El Teorema de Coase puede ser formulado de dos maneras distintas que, al fin y al cabo, expresan la misma idea. La primera formulación del Teorema de Coase puede ser enunciada en las siguientes palabras: “Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente”<sup>52</sup>.

La idea que se enmarca en el Teorema de Coase es que los individuos son los mejores jueces de sus propias decisiones. En efecto, siempre que los costos de transacción sean inexistentes, la regulación por parte del Estado es innecesaria y –ante todo– ineficiente.

Ahora bien, se suele pensar que cuando de conflictos se trata, y en estricto, en lo que se refiere a los servicios brindados por el sistema de justicia, los costos de transacción son prohibitivos. No obstante, conviene colocarnos en el negado supuesto: El escenario hipotético –con el que por supuesto discrepamos– en que los servicios brindados por el sistema de justicia tienen siempre costos prohibitivos. Esta no es de ninguna manera una tesis objetada ni mucho menos representa la tesis minoritaria. Todo lo contrario, más bien se presenta como el auténtico fundamento que legitima la existencia del Estado. Así, la idea de que la justicia es un bien público que debe ser provisto por el Estado tiene prácticamente acogimiento universal.

Sin perjuicio de lo antes dicho, admitamos por un instante que no es razonable pensar que con antelación a la existencia de un conflicto, las partes puedan negociar y pactar el diseño del mecanismo que utilizarán para resolver un

eventual conflicto que se podría suscitar en el futuro. ¿Por qué es relevante esta hipótesis? ¿Cuáles son sus implicancias con respecto a la doble instancia?

Para responder a dichas interrogantes, consideramos que es preciso enunciar la segunda formulación del Teorema de Coase que es quizá, para efectos de la presente tesis, la más importante: “Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente”<sup>53</sup>.

La particularidad que nos interesa de la segunda formulación del Teorema de Coase es el apunte que realiza Coase y que es recogido por Bullard en los siguientes términos: “Nuevamente en nuestro ejemplo, si los vecinos son demasiados como para poder sentarlos en una mesa de negociaciones que les permita a la partes llegar a la solución más eficiente, sí se justifica la existencia de una decisión legal que ‘simule’ la solución a la que llegaría el mercado si los costos de transacción fuesen iguales a cero. Esto implica que los costos de llegar a tal decisión (o en otras palabras de organizar una burocracia capaz de tomar decisiones eficientes) son razonables en relación a los beneficios que tal decisión implica”<sup>54</sup>.

La atinencia precisada por Bullard es de vital importancia. Cuando los costos de transacción son altos, el legislador debe colocarse en una situación hipotética que simule la solución a la que llegarían los agentes económicos en el mercado. Dicho de otra manera, en tales situaciones es el legislador quien debe “simular” el acuerdo al que hubiesen llegado las partes de haber sido posible la solución contractual. En palabras de Torres López, se debe tratar de un auténtico “mercado simulado”<sup>55</sup>.

Ahora bien, cuando pensamos en el mercado de solución de conflictos, se nos viene a la cabeza inmediatamente el monopolio concentrado por el Poder Judicial<sup>56</sup>. En este merca-

<sup>51</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991”. En: Apuntes 28. 1991. p. 108.

<sup>52</sup> COASE, Ronald. “The problem of the social cost”. En: Journal of Law and Economics 3.1960.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.* Loc. cit.

<sup>55</sup> TORRES LÓPEZ, Juan. “Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal”. Madrid: Tecnos. 1987. p. 53.

<sup>56</sup> Al respecto, Mosset Iturraspe ha señalado que “la función jurisdiccional queda englobada como función estatal monopolizada”. Ver: MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.* p. 22.

do, el legislador ha diseñado –conforme a su criterio– un proceso judicial acompañado de una serie de garantías procesales que tienen la condición de derechos constitucionales, como la doble instancia. Pero, ¿por qué estas garantías tienen la condición de derechos constitucionales? Principalmente, porque el legislador lo ha considerado así.

Pero el punto central a tener en cuenta es que bajo el Teorema de Coase el legislador no es libre de regular conforme a su leal saber y entender, sino que debe hacerlo **“simulando la solución a la que llegaría el mercado si los costos de transacción fuesen iguales a cero”**. Qué duda cabe, por más que sea hipotética, que la simulación del mercado es siempre más eficiente que la regulación hipotética del legislador.

Como lógica consecuencia de lo anterior, consideramos que el legislador debería diseñar las garantías que aseguren el debido proceso acogiendo al sistema de resolución de conflictos que los agentes económicos han diseñado espontáneamente. Como correlato, aquellas garantías procesales que sean prescindibles en el sistema de mercado deben ser excluidas por ineficientes. Por lo demás, no hay ninguna razón por la que una garantía sea innecesaria en un modelo de mercado y necesaria en un modelo regulado. Todo lo contrario, la propuesta de Coase es que el modelo regulado sea una reproducción exacta del modelo de mercado.

En el mercado de solución de conflictos, como todos sabemos, el modelo de mercado es el arbitraje. Así, todo parecería indicar que las garantías que son inherentes al proceso judicial también deberían serlo para el arbitraje. Sin embargo, no es difícil reparar en que ello se encuentra muy alejado de la realidad. En el arbitraje no existe la doble instancia. Tampoco hay necesidad de que exista.

En efecto, cuando se trata del arbitraje, las partes –antes que renunciar a la doble instancia– simplemente no la pactan. Dicha omisión –pensamos– responde al criterio de las partes que, en ejercicio de su autonomía privada, piensan que la doble instancia es ineficiente y que no garantiza nada. Así, si se ve en términos prácticos, la consagración del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos es, a su vez, el fracaso del doble grado.

Además, pónganse a pensar en lo siguiente: ¿Es posible imaginar un proceso arbitral sin derecho de acción? ¿Sin derecho de defensa? ¿Prueba? ¿Cosa Juzgada? Estas alternativas parecen insostenibles. Ello no podría ser de otra manera; se trata de normas constitucionales y –consecuentemente– imperativas. Las garantías procesales mencionadas se encuentran expresamente recogidas en el artículo 139 de la Constitución, que reconoce los principios de la función jurisdiccional. Ergo, son normas de orden público y, consecuentemente, irrenunciables.

Ahora bien, visto desde otro ángulo, conviene formular otra interrogante: ¿Es posible imaginar un proceso arbitral sin derecho a la doble instancia? La respuesta positiva se impone. Pero no sólo eso, sino que resulta difícil imaginarlo con dicha garantía incorporada. Como se puede observar, la doble instancia es dispositiva, por lo que debiésemos dudar de su constitucionalidad. Es que, es preciso reiterarlo, la doble instancia no garantiza nada más que la dilación del proceso y la creación de un costo social. Los agentes en el mercado se han percatado de ello. De cualquier otra manera, pactarían el recurso de apelación en sus procesos arbitrales, pero ello no es así.

Luego de presentadas estas observaciones, no es de extrañar que la doble instancia no sea inherente al proceso. Nunca lo ha sido. Así, de intentarse una analogía entre el proceso y el cuerpo humano, siendo las diversas garantías distintos organismos de éste último, se debería considerar a la doble instancia como el apéndice del proceso, es decir, una institución absolutamente prescindible.

En buena cuenta, no se ha podido encontrar razón alguna que justifique qué es lo que legitima al proceso judicial a contar con una garantía sin un sentido como la doble instancia, y qué es lo que justifica que un proceso arbitral no la tenga. En todo caso, si es que, en palabras de Coase, la regulación debiese responder a un “mercado simulado”, pues entonces debemos concluir que en el proceso judicial no debiese existir la doble instancia.

### G. Externalidades e internalización de costos

Las externalidades son “efectos no contratados”. En toda actividad humana, hay costos y beneficios que son asumidos por el propio

causante, pero hay veces en que estos costos y beneficios son asumidos por terceros. A estos costos y beneficios no asumidos por el agente se les denomina externalidades<sup>57</sup>.

La interacción humana hace que nos tropecemos con innumerables externalidades en el transcurso de nuestra vida. Estamos condenados a vernos afectados por conductas de terceros. Éstas, en el común denominador de los casos, generan una divergencia entre lo privado y lo social<sup>58</sup>. La mayor parte de las veces puede resultar muy costoso que quien genera la externalidad la internalice, pero en ocasiones es conveniente eliminar la existencia de externalidades, pues muchas veces nos llevan a resultados ineficientes<sup>59</sup>. Así, en palabras de Bullard, las externalidades constituyen un problema que todos buscan solucionar pero que con frecuencia es muy costoso arreglar<sup>60</sup>.

Nosotros pensamos que, cuando se trata de actividades que generan un costo social significativo, de alguna u otra manera deben ser los propios individuos quienes deben asumir las consecuencias de sus actos. Ahora bien, ¿qué relación tiene el proceso con las externalidades? En realidad, mucha. El proceso es quizá por antonomasia el fenómeno que más externalidades provoca. Y el sistema de justicia no es más que una secuela de la suma de estas externalidades. Lo que es más, en realidad el sistema de justicia está plagado de externalidades.

¿Cómo se generan estas externalidades? Cuando uno accede a la jurisdicción estatal, está creando una externalidad que nunca es internalizada por uno mismo, sino por la sociedad. Es decir, visto en abstracto, iniciar un proceso sin una reflexión previa es una decisión irresponsable, puesto que el inicio de tu proceso afecta la duración de los demás procesos.

En ese sentido, Pasquel y Bayly han señalado que “cada vez que un nuevo individuo ingresa al servicio de justicia genera externalida-

des negativas en sus demás usuarios, pues el incremento de la carga procesal elevará el tiempo en el que se resuelvan sus conflictos. En vista de ello, queda claro que, en este caso, la justicia impartida tiene la primera característica de los bienes privados, es decir, consumo rival<sup>61</sup>.

Debe advertirse que el juez es humano y, por tanto, el tiempo del que dispone es limitado. No puede atender todos los procesos a la vez. Mientras más procesos tenga a su cargo, tiene menos tiempo para repartir entre los mismos. Por estas consideraciones, se puede colegir que, mientras más procesos sean iniciados, más se demorarán los demás procesos. Más alejados de la efectividad se encontrarán. En ese sentido, cada vez que uno le toca las puertas al Poder Judicial está creando una divergencia entre el costo privado y el costo social, externalidad que nunca es internalizada por uno mismo.

Hasta el momento, hemos advertido las externalidades que se generan como consecuencia del ejercicio del derecho de acción. Pero, ¿qué relación tiene ello con la doble instancia? Pues mucha. En realidad, con la doble instancia sucede exactamente lo mismo. Nótese que la manifestación por antonomasia del principio de doble instancia es la apelación.

Así, se ha dicho que la apelación es una manifestación del derecho de acción. Por ello, a esta garantía se le ha denominado con frecuencia el derecho de acceso a través del recurso. En ese sentido, es lógico pensar que las externalidades pueden ser creadas tanto por el derecho de acceso a la jurisdicción como por el derecho de acceso a través del recurso<sup>62</sup>.

En ese sentido, al igual que el derecho de acción, cuando una persona interpone un recurso de apelación está afectando la duración de los demás procesos que se encuentran en trámite, porque claramente el Juez no puede

<sup>57</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a otros?”. En: “Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra Editores. 2006. p. 152.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”. En: *American Economic Review* 57. 1967. p. 347.

<sup>60</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía de 1991”. En: *Apuntes* 28. 1991. p. 110.

<sup>61</sup> PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Andrés BAYLY LETTS. *Op. cit.* *Loc. cit.*

<sup>62</sup> VESCOVI, Enrique. *Op. cit.* p. 13.

atender todos los procesos a la vez. La doble instancia implica una exigencia al Jueque ocasiona no solo que el propio proceso dure más, sino que todos los procesos alternos también lo hagan.

Probablemente, si analizamos las externalidades de la apelación de forma aislada, el resultado nos parezca insignificante; pero si lo vemos en términos abstractos, es decir, atendiendo a los miles de miles de procesos en que se interponen recursos de apelación todos los días, llegaremos a la conclusión que efectivamente la doble instancia genera un costo social inmenso.

Como se puede apreciar, tanto el derecho de acceso a la jurisdicción como la doble instancia crean una “tragedia de los comunes”, puesto que coadyuvan a la sobreexplotación del Poder Judicial. En efecto, estas garantías crean externalidades que nunca son internalizadas por los justiciables. El problema reside en que no podemos eliminar el derecho de acceso a la jurisdicción porque es uno de los derechos más fundamentales de todos. Sin el derecho de acción, no es posible hablar de un Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto, Cappelletti<sup>63</sup> y Garth han expresado lo siguiente: “El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico —el derecho humano más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar y no solo proclamar los derechos de todos”<sup>64</sup>.

Pero también hemos visto que el derecho de acceso a través del recurso genera el mismo efecto. Es decir, genera externalidades que no son internalizadas por la persona que decide apelar. Y, a diferencia del derecho de acción, en nuestra opinión, la doble instancia no es un derecho fundamental. En tal sentido, pensamos que la doble instancia contribuye a la sobreexplotación del Poder Judicial. Es decir, coadyuva a una tragedia de comunes. Así, el

problema reside en que todos apelan y nadie asume los reales costos que la apelación implica. Bajo esos términos, se incentivan las apelaciones sin ningún límite. El efecto es el colapso del sistema de justicia. El resultado es trágico.

Lo que sucede es que, bajo la premisa de que la doble instancia es una garantía procesal indispensable para un debido proceso, se toma en cuenta el beneficio, pero no el costo. Como correlato, los individuos usan como un bien infinito un bien que por definición es finito, con lo cual el comportamiento de los individuos no se condice con el nivel de escasez del bien y, por consiguiente, se apela siempre sin reparos. En tal sentido, si estamos de acuerdo en que el Poder Judicial está sufriendo una tragedia de comunes, la culpa la tiene parcialmente la doble instancia.

#### H. La doble instancia como mecanismo institucionalizado para la mala fe procesal

Quizá una famosa frase logre expresar la gran preocupación que nos envuelve cuando escribimos acerca de este punto: “La apelación es el peor enemigo del derecho material”. No podría ser de otra manera, puesto que hoy la apelación se ha convertido en el recurso institucionalizado para actuar de mala fe.

Sí, hoy quienes incumplen pueden estar felices. A pesar de que tengan la convicción de que no tienen la razón, el ordenamiento jurídico les confiere la posibilidad de que dilaten el proceso mediante el recurso de apelación. Mientras tanto, el legítimo titular puede esperar. Más importante es que aquel que incumple pueda ejercer su derecho a la doble instancia.

Pero lo peor no se ha dicho, y es que en la actualidad la doble instancia no se presenta de manera eventual, sino que se ha convertido en un verdadero dogma. Así, no hay quien hoy, luego de ser notificado con una resolución adversa, no ejerza su derecho a la doble instancia.

<sup>63</sup> Resulta muy importante referirnos al proyecto de Florencia para el acceso de justicia dirigido por Mauro Cappelletti en la década de 1970. Con este proyecto, se pasa revista de los diversos esfuerzos llevados a cabo por varios países para contrarrestar las diversas barreras de acceso, asociadas básicamente a la noción de pobreza legal y a la ausencia del Estado, sea porque no se dotaba de los recursos suficientes para tener el número necesario de abogados de oficio, sea porque la población desconocía sus derechos. Ver: LA ROSA CALLE, Javier. “Acceso a la justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública”. En: LA ROSA CALLE, Javier (Coordinador). “Acceso a la justicia en el mundo rural”. Lima: Instituto de Defensa Legal. 2007.

<sup>64</sup> CAPPELLETTI, Mauro y Bryan GARTH. “El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1996. p. 9.

No hay quien no haya internalizado que, ante un resultado desfavorable, siempre hay que apelar. Hay que impugnar, siempre hay que impugnar<sup>65</sup>. No importa que ello dilate el proceso, desperdicie el tiempo y mate a la justicia<sup>66</sup>.

Lo que es más, imagínense que estas apelaciones —en la mayor parte de los casos— tienen efecto suspensivo, con lo cual la apelación se presenta como una panacea para la mala fe procesal. La realidad descrita demuestra que, más allá de los propósitos bienintencionados que puedan justificar a la doble instancia, hoy se ha convertido por antonomasia en la institución reconocida por el ordenamiento jurídico mediante la cual se puede dilatar el proceso, sin ninguna consecuencia opresora destinada a sancionar dicha conducta maliciosa. En otras palabras, se trata del mecanismo institucionalizado para actuar de mala fe<sup>67</sup>.

#### IV. NUESTRA PROPUESTA: DESACRALICEMOS LA DOBLE INSTANCIA

Como mencionamos anteriormente, el Tribunal Constitucional ha sido enfático al señalar que los vocales de segundo grado son más experimentados y, en consecuencia, se encuentran en mejores condiciones para resolver la controversia que los de primer grado. Sin embargo, lo expuesto, antes que un argumento, es una falacia que logra un despropósito: Cuestionar la funcionalidad del primer grado.

Si verdaderamente la segunda instancia es la que tiene todas las virtudes para resolver el conflicto en arreglo a Derecho, pues entonces, ¿qué sentido tiene consagrar una primera instancia? ¿Es que acaso no sería más eficiente sincerar las cosas, abolir el primer grado y consagrar una única instancia colegiada conformada por tres Jueces? Por lo menos, habría que aceptar que ello sería más consecuente.

Coincidimos con el Tribunal Constitucional cuando expresa que debe garantizarse a los justiciables una decisión experimentada. No

obstante, lo que no resiste el menor análisis es que se garanticen dos decisiones: Una más experimentada y otra menos experimentada. Si desde el inicio se sabe a ciencia cierta que la segunda es una decisión más experimentada, ¿cuál es el sentido de reconocer al inicio una decisión menos experimentada?

Alguna vez escuchamos a alguien decir que la primera cumple una auténtica función porque, en tanto que la segunda instancia tiene en cuenta la parte considerativa del Juez de primera instancia, la decisión va a ser más justa. Frente a ello, surgen una serie de interrogantes: ¿Cuál es la diferencia entre la primera instancia y un informe jurídico? ¿De verdad la función del juez de primera instancia se reduce a preparar un informe jurídico para el de segunda instancia? ¿En serio? ¿Eso es lo que lo justifica? ¿Entonces, si las partes solicitan informes jurídicos, ya no sería necesario que hayan dos instancias? Estas interpretaciones improvisadas que salen a luz, antes que defender la doble instancia, la cuestionan.

La situación se agudiza si tomamos en cuenta que esa decisión no solo no es ejecutable, sino que no tiene ningún efecto material en la realidad. ¿De qué sirvió entonces? ¿Qué función cumple? ¿Se trata de un experimento? ¿De un ensayo? ¿De un proyecto? ¿De un borrador? Si esa es la función que cumple la primera instancia en la realidad, pues no tenemos ningún reparo en expresar que su reconocimiento como principio constitucional es una burla a la justicia.

A pesar de lo expuesto, Giuseppe Chiovend ha expresado lo siguiente: “Todo juicio debe poder pasar sucesivamente por el conocimiento pleno de dos tribunales, y este doble grado representa una garantía de los ciudadanos porque el segundo juez aparece con más autoridad que el primero”<sup>68</sup>.

En la misma línea de criterio, el profesor Jaime Solé se ha pronunciado en las siguientes

<sup>65</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. p. 407.

<sup>66</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. En: *Ius et Veritas* 26. 2003. p. 173.

<sup>67</sup> Al respecto, el profesor Bustamante ha señalado que “los denominados actos procesales maliciosos son un reflejo de nuestra cultura pues es un medio para alcanzar un resultado deseado utilizando medios no necesariamente válidos”. BUSTAMANTE GUTIÉRREZ, Luis Enrique. “Acerca de la mala fe procesal y sus implicancias”. En: BOZA DIBÓS, Beatriz (Editora). “Compendio de Ensayos. Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado”. Lima: *Ius et Veritas*. 2008. p. 301.

<sup>68</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit.

palabras: “Dadas las imperfecciones del conocimiento humano, todo fallo puede ser des-  
acertado o injusto; cuando ello sucede, al Es-  
tado le interesa rectificar su pronunciamiento,  
confiando la decisión a un órgano que ofrezca  
mayores garantías de acierto [...]”<sup>69</sup>.

Chiovenda y Solé bien han enumerado las vir-  
tudes del segundo grado, pero obviaron por  
completo precisar cuáles eran las del primero.  
¿O es que nos las tiene? No dudamos que lo  
vocales de segundo grado tienen mucha auto-  
ridad y, por supuesto, ofrecen muchas garan-  
tías de acierto. Lo que no logramos concebir  
es que se retrase la justicia condenando a los  
justiciables a pasar por una instancia –que  
bien puede tardar años– en las manos de un  
Juez poco experimentado, con poca autoridad  
y con menos garantías de acierto.

Pues bien, si atendemos a criterios de expe-  
riencia del personal jurisdiccional, relacionada  
con la complejidad jurídica de los asuntos que  
se someten al primer grado de la jurisdicción,  
se cuestiona el por qué no encomendar, des-  
de un principio, la decisión del proceso a esos  
órganos colegiados más expertos y mejor pre-  
parados.

Es evidente que la función jurisdiccional de la  
primera instancia requiere unas cualidades de  
preparación y de conocimiento iguales, como  
mínimo, a las exigidas para juzgar en apela-  
ción. No sería un argumento razonable consi-  
derar que los Jueces de los tribunales superio-  
res adquieren la experiencia jurídica pasando  
por el grado inferior de la jurisdicción<sup>70</sup>.

#### **A. El mundo al revés: El más experimenta- do no es el más informado**

Coincidimos plenamente con el Tribunal Cons-  
titucional cuando señala que los vocales de  
segundo grado garantizan una decisión más  
experimentada –en Derecho– que el juez de  
primer grado. No podría ser de otra manera,  
en tanto que en el común denominador de  
los casos, los vocales han tenido muchos más  
años en la judicatura y, como consecuencia,  
tienen más experiencia.

El problema estriba en que, en el marco de  
un proceso judicial, la experiencia no debe

medirse exclusivamente en función del De-  
recho ni tampoco en función de la cantidad  
de años que los jueces han tenido en la ju-  
dicatura. Debe medirse –sobre todo– en  
función de la experiencia que han tenido los  
jueces en relación con los hechos. Si un juez  
no conoce los hechos, no tiene como aplicar  
el Derecho.

Un juez no puede resolver una controversia  
sin contar con información. El proceso demora  
porque el Juez no conoce los hechos y debe  
invertir mucho tiempo en realizar una serie  
de actividades para obtener esa información.  
El segundo grado no tiene ninguna relación  
con las partes ni tampoco un contacto con los  
hechos. Los vocales no tienen ni la mitad de  
la información que tiene el juez de primera  
instancia.

No negamos que estas personas son las  
más experimentadas, pero definitivamente  
son las menos informadas. Su experiencia se  
concentra en la aplicación del Derecho, pero  
no en relación con los hechos. El problema  
es que uno sin el otro es igual a nada. No se  
puede aplicar el derecho si no se conocen los  
hechos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos ad-  
vertir que el diseño del proceso ha resultado  
ser un despropósito. El sistema actual con-  
templa dos instancias: (i) Una primera, en que  
el Juez que la conforma es el más informado;  
y, (ii) una segunda, en que los vocales que la  
conforman son los más experimentados. No  
tenemos reparos en señalar que esta estruc-  
tura es absurda.

¿Cuál es el sentido de deslindar las dos virtu-  
des señaladas en dos personas distintas quan-  
do pueden concentrarse en una sola persona?  
Podemos concluir entonces que contamos con  
un sistema draconiano en que no existe con-  
vergencia, puesto que el más informado no es  
el más experimentado.

#### **B. Reafirmando lo evidente: El más experi- mentado debe ser el más informado**

Si es que verdaderamente los vocales de se-  
gundo grado son más experimentados que  
los del primero, nuestra propuesta cae por

<sup>69</sup> SOLÉ RIERA, Jaume. Op. cit. p. 577.

<sup>70</sup> Ibid. p. 578.

su propio peso: Que se suprima la primera instancia y que se consagre como principio constitucional la unidad de instancia mediante un órgano colegiado conformado por tres vocales.

Consideramos que prescindir de la primera instancia y colocar a los vocales de segunda en primera para que resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo sería una opción mucho más consistente. De esa manera, podría encontrarse el punto de equilibrio en cual el más informado sería también el más experimentado. Esa es la convergencia que necesitamos para que se brinde una efectiva tutela jurisdiccional a las situaciones jurídicas materiales de los particulares.

Ello, al menos, sería más coherente con la opinión vertida por el Tribunal Constitucional. No sólo eso, sino que se ahorraría tiempo, información y dinero. Las garantías se verían resguardadas y las situaciones jurídicas tuteladas. Debe recordarse además que, como bien señaló Couture, en el proceso el tiempo es algo más que oro: Es justicia.

Así, si quisiésemos aterrizar nuestra propuesta en términos prácticos, plantearíamos que, en lugar de haber sesenta Jueces de primera instancia y noventa vocales de segunda instancia, debería haber ciento cincuenta vocales en primera instancia para que, mediante órganos colegiados, resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo.

Pues bien, de lo que no cabe duda es que la efectividad de la tutela jurisdiccional exige que quien resuelve sea el más experimentado, pero también el más informado. Una estructura del proceso judicial que deslinde estas virtudes en personas distintas es una burla a la justicia. El más experimentado debe ser el más informado.

En realidad, nuestra propuesta no es exactamente auténtica ni menos aun innovadora, pues encuentra respaldo en un sinnúmero de

autores nacionales y extranjeros que opinan —como nosotros— que el más experimentado debe ser el más informado. En otras palabras, piensan que ineludiblemente debe suprimirse la primera instancia y consagrarse un órgano colegiado de instancia única conformado por tres vocales<sup>71</sup>.

En respaldo de esta posición, el profesor Vescovi se ha pronunciado de la siguiente manera: “Si el tribunal de segunda instancia es el que predominará y, por otra parte, es el que está mejor integrado (generalmente por la colegialidad y mayor versación y experiencia de sus miembros), ¿por qué no se suprime, entonces la primera instancia?, se ha preguntado. En definitiva, se dice, conduce a la desvalorización juicio de primer grado y la glorificación de los recursos”.

Seguidamente, el profesor Vescovi complementó su análisis, señalando expresamente lo siguiente: “Se señala que puede evitarse la mayor irreflexividad en el juzgar por el juez de primera instancia, por medio de un órgano colegiado de instancia única. El cual, por otra parte, es el único compatible con el régimen de oralidad que generalmente se proclama entre los principios procesales”<sup>72</sup>.

Por su parte, el profesor Meyer se ha pronunciado con las siguientes palabras: “Si los jueces de apelación valen más que los de primera instancia, que juzguen directamente de la causa, pero no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y como por vía de experimento, en manos de hombres ineptos”<sup>73</sup>.

De igual manera, el profesor Priori se ha expresado en el mismo sentido expresando lo siguiente: “Las razones que se invocan como sustento de esta propuesta son fundamentalmente las siguientes: [...] 2. Los jueces revisores están en mejor capacidad y más preparados para resolver. No obstante, si realmente fuera cierto que los magistrados de segundo grado se encuentran mejor capacitados que los de primer grado, por qué no hacemos me-

<sup>71</sup> Al respecto, el profesor De Santo ha señalado que “estos últimos terminan proponiendo que la única instancia se celebre ante un tribunal colegiado, con lo cual se torna más compleja la organización judicial. El tema suele conectarse, especialmente en materia penal, con el de la oralidad, lo que agrava el problema de la infraestructura judicial”. Ver: DE SANTO, Víctor. “Tratado de los Recursos”. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. 1987. p. 90.

<sup>72</sup> VESCOVI, Enrique. Op. cit. Loc. cit.

<sup>73</sup> SOLÉ RIERA, Jaume. Op. cit. p. 578.

por que los de segundo grado revisen el conflicto en primer grado [...]”<sup>74</sup>.

Este breve recuento no hace más que develar que la doble instancia es parte de la historia de los mitos. El culto al doble grado debe abolirse. No tenemos la menor duda que la desacralización de la doble instancia va a llegar tarde o temprano.

## V. PALABRAS FINALES

Las líneas precedentes han querido ser sólo una reflexión desde los fines que debe cumplir el proceso. Ellas no han buscado convencer, sino sólo invitar a reflexionar sobre la doble instancia, a efectos de revisar dicha institución con la finalidad de acercarnos más a la efectividad que el proceso debe lograr.

<sup>74</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. Óp. cit. pp. 418-419.