

ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS IMPUGNACIONES Y EL DEBIDO PROCESO

EUGENIA ARIANO DEHO

Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
y en la Universidad de Lima.

SUMARIO:

I. Premisa.- II. Impugnaciones y el derecho a la "instancia plural".- III. Los valores de la Constitución y el CPC de 1993.- IV. La "segunda instancia" limitada del CPC de 1993.- V. La impugnación de las interlocutorias en el CPC de 1993.- VI. El valor garantista de las impugnaciones.- VII. Perspectivas de *iure condigno*.

I. PREMISA

Desde hace algún tiempo me está ocurriendo algo extraño: tener que argumentar en pro de que el sistema procesal contenga —y, lo que es más importante, mantenga— un conjunto de impugnaciones que aseguren de la forma más adecuada a las partes el control sobre los actos del juez.¹ Y ello, porque noto que desde varios lados se sienten instancias por limitar (o, incluso, suprimir) las impugnaciones existentes, lo cual es sin duda preocupante, pues se corre el riesgo que, por un lado, tal predicamento termine calando en nuestras conciencias² y que, por el otro, se termine influenciando al legislador.³

¹ Cfr. mi *En defensa del derecho de impugnar en el proceso civil (vicitudes de una garantía «incongruente», en Derecho Procesal. II Congreso Internacional, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 2002, págs. 147 y ss.* (abara en *Problemas del proceso civil*, Jusita Editores, Lima, 2003, pág. 229 y ss.).

² Me preocupan particularmente los más jóvenes. Así leo con sorpresa que mis amigos del Taller de Derecho de la Universidad Católica del Perú, al comentar el inciso 25 del artículo 2° del Proyecto de Reforma de la Constitución llegaron a afirmar que el derecho a la instancia plural "no forma parte del contenido esencial del debido proceso" y ello en atención a que "el derecho a la doble instancia no es exigible en los procedimientos administrativos, dado que existen procesos en los que la regla es la única instancia (...) y podría resultar nocivo para la eficacia de la tutela en tal sentido, consideramos prudente no consagrar este derecho" (así, EGORIO DE DIASORO PROCESAL, IIIA, TALLER DE DERECHO DE LA PODERANZA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Comentarios al inciso 25 del artículo 2° del Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución: el derecho fundamental al Debido Proceso, en Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N° 4, 2003, pág. 45). Ahora que haya "procedimientos administrativos" en los que no haya "doble instancia" (o sea, impugnaciones auténticamente "jerárquicas"), no me parece razón suficiente para que en el "proceso judicial" la "instancia plural" "no forme parte del contenido esencial del debido proceso". Hasta donde yo sé la figura es al revés: es conveniente (más no necesario) que los procedimientos administrativos se acomoden a un "debido proceso"; en cambio, el proceso judicial debe ser el "debido" porque caso contrario no sería un "proceso" sino un "procedimiento". Y los jueces, a diferencia de las autoridades administrativas, no pueden actuar a través de meros "procedimientos" sino a través del "proceso" a secas. Ahora bien, en materia administrativa, a diferencia que en el proceso judicial, la existencia de impugnaciones no son una "garantía" para los "administrados" sino una "vía" para poder acceder a la tutela judicial. Cfr. EGORIO DE DIASORO BARRIOS, *Recursos administrativos: algunas consideraciones básicas y el análisis del transcurso que les ha sido otorgado en la ley N° 27444*, en *Derecho y Sociedad*, N° 20, 2003, págs. 105 y ss.

³ *In penes*, al reformador constitucional. Simorridón es lo ocurrido con el (extrañado) proyecto de reforma constitucional. En efecto en el anteproyecto publicado con la significativa fecha 3 de abril de 2002 (texto en base al cual escribí el trabajo citado en la nota 1), se establecía en el artículo 1, inciso 26.j, como componente del debido proceso el de "recorrer de la resolución ante un juez o tribunal superior" (cfr. COMISIÓN CONSTITUCIONAL, *Recursos administrativos: algunas consideraciones básicas y el análisis del transcurso que les ha sido otorgado en la ley N° 27444*, en *Derecho y Sociedad*, N° 20, 2003, págs. 105 y ss.). En los meses sucesivos la misma comisión al aprobar el texto del Proyecto de Ley de Reforma "redujo" la redacción a la simple indicación (siempre como componente de debido proceso) de la "instancia plural" (así el artículo 2° inciso 25). La diferencia es notable pues una cosa es establecer como

No sé bien a qué respondan realmente estas instancias en pro de la limitación de las impugnaciones existentes⁴—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 partes quedarían expuestas a un probable —y siempre posible— ejercicio arbitrario de los poderes judiciales.

II. IMPUGNACIONES Y EL DERECHO A LA "INSTANCIA PLURAL"

Por lo general, 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 la instancia" (artículo 139, inciso 6), o sea se piensa inmediatamente en que el proceso, por tal disposición constitucional, no puede desenvolverse a instancia única, vale decir ante un único juez, sino que pueda ser "prolongado" ante otro, a la sazón "superior". Y ello es parcialmente correcto. Ciertamente, y como tuve ocasión de indicar en otra oportunidad⁵, nuestra Constitución vigente, reproduciendo más o menos lo que ya disponía la Constitución de 1979 (inciso 18 del artículo 233), tiene esta "atípica" previsión que definitivamente impide al legislador ordinario regular procesos a instancia única.

Y como el paso de una "instancia" (la primera) a otra (la segunda) no es por "generación espontánea"⁶, sino por un acto de parte, y en concreto a través de los que solemos llamar un "medio de impugnación", resulta inevitable que por derecho a la "pluralidad de la instancia" se termine entendiendo como el derecho a los recursos (o más general, a las impugnaciones) que tal "pluralidad" promueven.

III. LOS VALORES DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CPC DE 1993

La disposición contenida en el inciso 19 del artículo 233 de la Constitución, debo decir, cumplió el papel que las normas constitucionales cumplen en un Estado constitucional de Derecho: servir de freno al legislador ordinario pues —cada vez estoy más convencida— aquella evitó que, en sede de redacción del Código Procesal

necesario que el proceso ante *un* juez *terminado* en primer grado se pueda prolongar ante uno u otros (o sea la "instancia plural") y otra que se consigne como componente del debido proceso el de "recurrir de la resolución ante un juez o tribunal superior", pues ello implicaría que toda resolución judicial debería ser impugnabile ante otro juez de otro grado. Y aun cuando el Anteproyecto haya usado el singular ("la resolución"), hay que tener en cuenta que el inciso anterior hace referencia a la motivación de "las" resoluciones judiciales, por lo que bien podía interpretarse que el objeto de la impugnación era "la" resolución (judicial) motivada. Si ello hubiera quedado así, una vez modificada la Constitución, todas aquellas disposiciones del CPC que disponen la impugnabilidad de muchas resoluciones habrían devenido abiertamente inconstitucionales (debo decir que era demasiado bello para que se volviera realidad).

⁴ Por lo que me consta, sé de algunas intervenciones (a la fecha no publicadas) en diversos Congresos y Seminarios, nada o casi nada se ha escrito de las razones por las cuales sería saludable limitar o eliminar algunas impugnaciones (en particular la apelación). Cf., sin embargo, BUSTAMANTE ALARCON, *El debido proceso en los procedimientos parlamentarios. A propósito de una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N°4, 2003, pág. 82 y ss., quien, en línea meramente técnica y aun admitiendo entre los componentes del debido proceso "el derecho de impugnar" (pág. 84), sostiene que "el contenido del debido proceso no es un presupuesto en la doctrina, siendo usual que varíe de un país a otro", poniéndome como ejemplo el que "mientras para algunos la pluralidad de instancia es un requisito imprescindible para la existencia de un debido proceso, para otros no lo es, siendo posible entonces que existan procesos con instancia única" (pág. 87). Y dentro de ese relativismo sostiene que: "con la finalidad de proteger algún bien jurídico constitucionalmente

Civil (en adelante CPC), se terminara consagrando uno que otro proceso civil a instancia única.

Ello queda evidenciado en estas palabras del principal autor del CPC, escritas en comentario al artículo X del Título Preliminar del CPC, que, como es sabido, señala lacónicamente que “El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta”:

“Hay algunos temas cuyo reconocimiento constitucional les produce una situación muy curiosa, es como si su ubicación en el texto constitucional los colocara más allá de toda disputa, pasando a convertirse en verdades inmutables sobre las que debe asentarse, por siempre, todo lo que se regule respecto de él.

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

Sin embargo, conviene precisar que se ha elevado a rango constitucional un principio procesal cuya vigencia depende del sistema procesal que en cada país se haya acogido, es decir, se trata solo de una opción. Pero, sobre todo, es bueno recordar que se trata de un principio que, a la luz del proceso contemporáneo, ha sufrido muchos embates.

Así, son muchos los países en los que la necesidad de enfrentar una demanda masiva del servicio de justicia, especialmente a niveles patrimoniales poco considerables, ha determinado la regulación de vías procedimentales en donde el proceso se tramita en una sola y definitiva instancia.

Es cierto que los países en los que se han incorporado y consolidado procesos de instancia única, son aquellos que han logrado una considerable evolución del Derecho y del proceso, así como un elevado desarrollo en la solución de sus problemas básicos. Por esa razón, estando al grado de evolución de los estudios procesales en el Perú y de solución de sus problemas esenciales, no sería oportuno por ahora concretar legislativamente procesos a instancia única.

Sin embargo, es importante que un ordenamiento procesal que pretende ser contemporáneo, cree las condiciones para que en un futuro se pueda regular procedimientos de instancia única. Estos, como ya se expresó, deberían ser diseñados para solucionar los problemas generados por la exigencia masiva de justicia por parte de las mayorías, casi desatendidas e incapacitadas para solventar un proceso largo.

Esta es la razón por la que el artículo en estudio consagra el Principio de la doble instancia para todos los procesos. Con ello se coloca como situación excepcional la tramitación de procesos que transcurren por tres instancias como actualmente hay en el Perú, siguiendo el modelo de los derechos germánicos de hace muchos siglos, permitiéndola para aquellos casos en los que el legislador considere su necesidad.

protegido pueden crear determinados tipos de procedimientos en donde algunos de los elementos que confirman el debido proceso no resulten aplicables (por ejemplo, crear procedimientos con instancia única), siempre y cuando tal restricción o limitación resulte razonable” (pág. 87). La doble indicación de la “pluralidad de instancia” como ejemplo de algo (en línea teórica) no esencial al debido proceso es muy revelador.

¹ Cfr. el trabajo indicado en la nota 1.

² Salvo, ciertamente, el supuesto de la denominada “consulta”, en la que hay una suerte de segundo grado sin la “instancias” de más. En realidad la “consulta”, como rezago “legal y jurisdiccionalizado” de la asociación oral es una instancia a eliminar (que además recarga inútilmente el trabajo de los jueces, en particular a las Salas Superiores).

Por otro lado, la misma norma, sin postular la instancia única, concede al legislador la posibilidad que alguna vez la regule, cuando el contexto sociocultural lo requiera y la norma constitucional lo permita”²

Lo transcrito no puede ser más elocuente: si el CPC de 1993 no consagró procesos a instancia única no fue porque sus autores consideraran que la posibilidad de llevar a conocimiento de un segundo juez la misma controversia —ya resuelta por un primero— garantizará una mejor justicia y corrección de la decisión judicial —que, a fin de cuentas, es eterna razón de la existencia de las impugnaciones y en particular de la apelación³—, sino porque, primero, no se daban las condiciones socio-culturales para que ello ocurriera, y segundo (y diría sobre todo) porque la Constitución lo impedía. Pero, tómese debida nota que en el espíritu del legislador procesal estaba el que “en el futuro” frente al ya logrado cambio “sociocultural”, se consagrarán “modernísimos” procesos a instancia única⁴, estando listo ya el CPC para acoger en su seno la regulación de tales procesos, sin que (siempre en el futuro) se precisara cambiar la redacción del artículo X de su Título Preliminar (o sea que frente al cambio “sociocultural” habría que cambiar la Constitución más no el T.P. del CPC).

Quienes pensaban (si es que hay alguien que realmente lo ha alguna vez pensado) que el CPC de 1993, en atención a su fecha de elaboración, era un conjunto de normas de desarrollo de la Constitución de 1979, tiene, frente a estas palabras de su principal autor, serios motivos para dudarlo.

IV. LA “SEGUNDA INSTANCIA” LIMITADA DEL CPC DE 1993

Pero el que el CPC no haya podido consagrar procesos descaradamente “a instancia única” no significa en absoluto —y necesariamente— que el legislador procesal se haya realmente acomodado a la Constitución. De hecho, lo único que la disposición constitucional impidió es que el CPC estableciera sentencias (o autos que ponen fin al proceso) inapelables. Nada más. Está todavía por verse si el recurso de apelación, tal como está regulado en el CPC, promueve o no una “real” segunda instancia, que es lo que parecía querer el constituyente de 1978 y que el de 1993 reconstituyó.

² Así Mónica Guzmán, *Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1993*, en *Temas*, N° 15, 1993, pág. 47 y s. (ahora en *La formación del proceso civil peruano. Cuarenta Revisados*, Comunidad, Lima, 2003, págs. 266 y ss.), nepritas en la publicación original. Lo transcribo evocando, sin citarlo, un informe “inconclusivo” emitido en 1969 por Mario Carrasquero para el Senado italiano (cf. *Diálogos teocatólicos sobre la reforma del proceso civil italiano*, en *Proceso, ideología, sociedad*, Ejea, Buenos Aires, 1974, pág. 213 y ss., especialmente, págs. 278-280), en el que se sostenía que “existe todavía quien, de buena mala fe, piensa en la apelación y en el ‘doble grado de jurisdicción’ como en una importante garantía procesal, tal vez una garantía de libertad, incluso algo absoluto e insuprimible. Es indudable que esa concepción no resiste una crítica seria y desprejuiciada (...). Ningún ordenamiento, ni en Italia ni en cualquier otro país (...) considera al doble grado de jurisdicción como una garantía constitucional, o sea protegida como una garantía fundamental e inderogable” (cursivas en el texto).

³ Cf. por todos Luciano, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1980, pág. 476 y s., para quien la apelación constituye “la impugnación más amplia, y también la más frecuente, aquella a la cual, más que ninguna otra, está confiada la función propia de las impugnaciones, de representar un medio de control de las sentencias y una garantía de mejor justicia”.

⁴ No sé de dónde se saca que los procesos a instancia única sean “contemporáneos”. No lo consideran así, p. e., ANTONIO DE ALARCÓN CORTÉS-ARZ, *Prácticas Jurídicas-Cuarenta Revisados*, DERECHO O, *Teoría General de Procesos*, 19ª ed., Malbeco, Sao Paulo, 2003, pág. 75, para quienes “El doble grado de jurisdicción es acogido por la generalidad de los sistemas procesales contemporáneos, incluso por el brasileiro”, encontrando su mayor justificación

En realidad, nuestro legislador (por lo que atañe a las sentencias, como acto que "pone fin a la instancia", artículo 121 tercer párrafo CPC) ha establecido una apelación que promueve una "segunda instancia" bastante limitada, pues en línea de principio solo busca la "revisión" de la resolución de primer grado (artículo 364 CPC) y no una "renovación" de la entera *res in iudicio deducta* ante el segundo juez¹⁶. O sea, quiso consagrar una apelación promotora de una mera "revisio prioris instantiae", con exclusión, en principio, de cualquier nueva alegación y nuevo material probatorio.

Ello es así en los llamados procesos sumarísimos, con relación a los cuales se ha considerado del todo "improcedente" el ofrecimiento de (nuevos) medios probatorios en segunda instancia (inciso 3 del artículo 559 CPC).

Sin embargo, en los procesos de conocimiento y abreviados en el CPC ha sido establecida la posibilidad de alegar nuevos hechos y ofrecer nuevas pruebas en el acto de apelar o en el acto de "absolución de los agravios", pero solo en tanto y en cuanto se trate de hechos "relevantes" acaecidos "después de concluida la etapa de postulación del proceso" (artículo 374.1 CPC) y presentar documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso o que "comprobadamente" no se hubieran podido conocer y obtener con anterioridad (artículo 374.2 CPC).

Con ello el CPC de 1993 se distanció de la "segunda instancia" prevista en el CPC de 1912, pues este Código permitía un *lis novorum* bastante amplio. En efecto, el artículo 1103 del viejo código habilitaba que en la "segunda instancia" (así estaba expresamente indicada) del juicio ordinario, en cualquier momento anterior a que se pidieran "autos para sentencia" (momento que marcaba la preclusión), las partes pudieran "deducir excepciones no alegadas en primera, y pedir que sobre ellas se recibiera la causa a prueba" y, asimismo, "pedir que se reciba la causa a prueba cuando alegasen algún hecho nuevo" (y "nuevo" significaba simplemente no alegado en primera instancia). En cambio el CPC vigente (pero nótese solo en cuanto a los procesos de conocimiento o abreviados):

1. Circunscribe (preclusivamente) la alegación de los hechos nuevos y el correspondiente ofrecimiento de nuevas pruebas y nuevos documentos al momento de apelar (para el apelante) o de absolver los agravios (para el apelado);

2. Circunscribe la "novedad" a los hechos "relevantes" ocurridos *post* cierre de la etapa postulatoria (que no se sabe bien cuando se considera cerrada pues la "postulación del proceso" regulada por el CPC va desde la demanda hasta la audiencia de conciliación o de fijación de puntos controvertidos: artículos 424 a 473) o la presentación de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso (no sabiéndose tampoco cuando se considera "iniciado" el proceso) o cuya existencia (comprobadamente) no se hubiera podido conocer antes;

3. Excluyó la posibilidad del planteamiento de cualquier excepción (artículo 454 CPC).

en que "ningún acto estatal puede estar privado de los necesarios controles", sin dejar de decir que "existe una corriente doctrinaria —no todounívoca— que se manifiesta contraria al principio" *loc. cit.*, pág. 74).

¹⁶ Obviamente, siendo la apelación una impugnación, lo que se lleva al segundo juez es apela por de la controversia resuelta en primer grado en sentido desfavorable al apelante. Ello explica la disposición del artículo 370 CPC que limita la "competencia" del juez de apelación a lo específicamente (en la parte resolutoria apelada) y la consiguiente prohibición de la *reformatio in peius*.

Como consecuencia, en los procesos de conocimiento y abreviados pese a que los legisladores pretendían que con la apelación solo se revisara "la resolución" de primer grado (con la finalidad de que sea revocada o anulada), se terminó dando a las partes un (si bien limitado y muy preclusivo) *ius novum*, que hace (repito, solo en los procesos de conocimiento y abreviados, no ciertamente en los sumarísimos) de la regulación de la apelación (como promotora de una segunda instancia) un "tanto más" adherente al dictado constitucional. Y digo "un tanto" porque, si bien la posibilidad del (limitado) *ius novum* plasmaría (en la legislación procesal) el derecho a la "pluralidad de instancia", hay que tener en cuenta que el legislador ordinario no solo tenía (y tiene) que hacer cuentas con el derecho (constitucional) a la pluralidad de instancia, sino además con el derecho a la defensa (constitucional) a la pluralidad de instancia, sino además con el derecho a la defensa del cual las partes no pueden ser privadas en "ningún estado del proceso" (artículo 139 inciso 14 Const.), disposición que pone en jaque todo el aparato de preclusiones de alegación y de prueba que el CPC le ha impuesto a las partes (también en apelación).¹¹

Ergo, nuestra apelación resulta ser solo a veces promotora de una más o menos completa segunda instancia. Pero, por lo general solo promueve una mera revisión de la resolución apelada. Tengo mis dudas de que una mera "revisión *prioris instantiae*" sea conforme al dato constitucional. Pero, como fuera, lo cierto es que hoy no tenemos una sola sentencia (o auto que pone fin al proceso) expedida en primer grado que no sea apelable, que es lo importante.

V. LA IMPUGNACIÓN DE LAS INTERLOCUTORIAS EN EL CPC DE 1993

Pero, decíamos líneas arriba (numeral 2) que es parcialmente correcta la ligazón "impugnaciones-instancia plural" en relación al debido proceso. Pero, las

¹¹ Sobre la dudosa constitucionalidad de las preclusiones de alegación y de prueba, cfr. mi *Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano, en las et. venias*, Año XII, N° 23, 2001, pp. 72 y ss. (ahora en *Problemas del proceso civil*, cit., págs. 51 y ss.).

¹² Ciertamente, y para nuestro suero, no al nivel de otros ordenamientos como el original del CPC de 1940 italiano que estableció que solo la sentencia final fuera impugnable, o como la LEC 2000 que estableció, igualmente, que solo las sentencias y autos definitivos son apelables (artículo 455) y que contra todos los demás providencias y autos no definitivos solo cabe recurso de reposición (artículo 351) "sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva" (artículo 454).

¹³ San 39. Cl. el catálogo completo en *Anexo Guzmán, El otro Código Procesal Civil*, Argos, Arequipa, 2003, pág. 193 y ss.

¹⁴ En realidad lo grande de la motivación está en que tiene que hacerse, como lo exige la Constitución, por escrito. En tal sentido, se suele decir que la motivación escrita de las resoluciones judiciales cumple hasta tres finalidades: a) una función *preventiva* de los errores, en cuanto debiendo el juez dar cuenta por escrito de los razonamientos por los que ha llegado a su fallo, al momento de "redactar" su resolución podría bien darse cuenta de aquellos errores que pudo haber cometido en su "operación intelectual" y "autoconciencia"; b) una función *autoprotectora* o de garantía de publicidad (y como tal de exclusión de la arbitrariedad) en el ejercicio del poder por parte del juez. De estas tres "finalidades" ciertamente es la segunda la más importante, y adquiere mayor relevancia cuando un ordenamiento prevé impugnaciones por motivos limitados, como lo es generalmente el recurso de casación, en los que el recurrente tiene que mostrar el error detectado en la resolución en alguno de los previstos en la ley como motivo de recurso. Cfr., sobre ello, mi *Motivación de las resoluciones, "error de lógica" y recurso de casación, en Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 60, setiembre 2005, pág. 119 y ss. Ahora bien me resulta en extremo curioso que hoy, por un lado, se termine exaltando el valor "garantista" de la motivación y, por el otro, el valor "opcional" de las impugnaciones. Si quisieramos ser coherentes (y no hablarlos de los justiciables) al menos por lo que atañe a las resoluciones "impugnables" deberíamos hacer lo que hizo Carlos III por Real Cédula del 23 de junio de 1778, prohibir la motivación para evitar las "cavilaciones de los litigantes" (que frente a una resolución "monocámaral" pero arbitraria o equivocada no pueden hacer nada) y "consumir mucho tiempo" del juez en fundamentar una resolución... que no pueden impugnarse.

impugnaciones —como garantía contra el ejercicio abusivo del poder— van mucho más allá de la posibilidad de llevar una controversia ya resuelta en un primer grado a un segundo. En efecto, el alcance garantista de las impugnaciones no se agota en poder impugnar la resolución final del proceso en primer grado para lograr su sustitución por otra (o su anulación), sino también en poder impugnar todas las resoluciones que a lo largo del *iter* del proceso se pueden emitir. Y es aquí donde nuestro CPC peca de cierto “antigarantismo”.¹²

De hecho el CPC está plagado de resoluciones “inimpugnables”¹³, algunas de las cuales curiosamente deben emitirse “debidamente fundamentadas”. Y ello es curioso, porque si la fundamentación tiene un sentido es justamente para poder impugnar.¹⁴ ¿De qué me sirve saber las razones por las cuales el juez ha dispuesto una prueba de oficio o haya dispuesto que una “vía procedimental” es la “adecuada” si no lo puedo impugnar ante otro juez? Tanto vale que no nos diga la razón (que sea o no correcta).

Por otro lado, nuestro legislador, en esa visión minimizante de la garantía de la impugnación (y en particular de la apelación) ha establecido que con relación a ciertos autos interlocutorios, la apelación sea concedida “sin efecto suspensivo y en la calidad de diferida”¹⁵. Esa es la regla en el proceso sumarísimo¹⁶ y en el abreviado¹⁷,

¹² Se suele decir que la impugnación diferida logra la unidad del procedimiento de impugnación, o sea que no se fracciona el proceso en tantos sub-procedimientos impugnatorios como resoluciones se haya impugnado. Es decir, encontrarla su raíz en los principios de concentración y economía procesal (cfr., sobre el tema, mi *En defensa del derecho de impugnar en el proceso civil*, cit., y sobre los concretos problemas que ocasiona el “económico” determinismo mi *Ortodoxia de pronunciamiento en la sustitución de apelación y revisión con revisión*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N°44, mayo 2002, págs. 75 y ss. (ahora en *Problemas de procesal civil*, cit., págs. 227 y ss.). Ahora bien una curiosa explicación de nuestra apelación diferida la encontramos en Massimo Gálvez, *Los autos impugnatorios en el Código Procesal Civil*, en *La formación del proceso civil peruano*, cit., págs. 208 y s., según el cual la apelación sin efecto suspensivo, “determina que el apelar debe seguir un trámite casi administrativo destinado a obtener del auxiliar jurisdiccional respectivo, copias certificadas de partes del expediente, las que, una vez enviadas al superior, le permiten resolver la apelación sin afectar el trámite del expediente principal, el mismo que continúa en poder del juez inferior”, y agregó que este “trámite secundario del recurso de apelación sin efecto suspensivo es, desde la óptica del servicio de justicia, oneroso, congestivo 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”. Y justamente “para evitar estas desventajas”, “existe la llamada apelación con la calidad de diferida. Esto significa que cuando a uno de las partes se le concede una apelación sin efecto suspensivo, y además con la calidad de diferida, dicha parte no realiza el trámite descrito en el párrafo anterior, sino que el proceso continúa como si no hubiera habido apelación, hasta que se espere la sentencia o alguna otra resolución trascendente que el juez elija. Una vez apelado (en la sentencia o resolución trascendente), se envía al superior el expediente principal”. La *calidad de diferimiento* me deja perplejo: ¿se introdujo para evitar el costo de las copias para la formación del cuaderno de apelación? Si no estuviera escrito no lo sería.

¹³ Así artículo 556 CPC (salvo el auto que declara improcedente la demanda y el que declara fundada una excepción). Probablemente (y digo probablemente porque nadie nos ha explicado las reales razones, si es que las hubo) se pensó que enviando el sumarísimo una Audiencia única en la que todo se resuelve allí no habría solución de continuidad entre la apelación de los autos interlocutorios y la apelación de la sentencia (que debería decirse en la propia audiencia). Sin embargo, no se tuvo en cuenta que la Audiencia única es en la generalidad de los casos solo una ficción, porque como en ella recién se admiten las pruebas, de no poderse actuar en el acto (como las declaraciones testimoniales, por no estar presentes los testigos, o por haberse admitido una pericia) se termina suspendiendo la audiencia para una nueva fecha. La audiencia es “única” pero se fracciona en momentos temporales distintos (muchas veces muy distantes) y en el entre tanto las apelaciones “duremos”.

¹⁴ Así art. artículo 494 CPC (solo es apelable “con efecto suspensivo” el auto que declara improcedente la demanda *in fine*, el que declara fundada una excepción y el que declara la “invalididad de la notificación procesal con carácter insubsanable”).

¹⁵ De hecho, este problema lo han advertido los estudiantes. Tal como lo señalan Huanos-Tamayo, la garantía entre *negli Sumi Divo*, Il Mulino, Bologna, 1993, págs. 218 y ss., “en el sistema ecuatoriano el derecho a la impugnación encuentra en primer grado de principio el límite constituido por la “regla de la definitividad” de la sentencia. Esa regla preserva la posibilidad de plantear impugnación tras el pronunciamiento de la sentencia de primer grado, incluso cuando se trate de cuestiones importantes decididas en la fase preliminar. El diferimiento de la apelación al

pero, conforme al artículo 369 CPC podría el juez así concederla en cualquier otro supuesto que el discrecionalmente considere (siempre en decisión fundamentada pero, por cierto, también ella inimpugnable).

Teniendo en cuenta que la impugnación diferida de las interlocutorias implica que ellas no lleguen cuando deberían llegar a conocimiento del juez de apelación, sino que llegarán (si es que llegan) cuando se apele (si es que se apela) la resolución final, o sea la que pone fin a la instancia (que por lo general es la sentencia). El diferimiento puede provocar que en el entretanto la parte tenga que soportar muy serenamente resoluciones que bien puedan ser de lo más equivocadas, aparte del problema que se produce cuando finalmente llegan a conocimiento del juez de apelación, que bien puede revocar o anular alguno de esos "autos" impugnados diferidamente, dejándose en la nada todo lo hecho con posterioridad en primer grado (sentencia incluida).¹⁶

VI. EL VALOR GARANTISTA DE LAS IMPUGNACIONES

En realidad todas las impugnaciones (pero en particular la apelación), en tanto permiten llevar a conocimiento de un segundo juez lo resuelto por el primero, son una suerte de "garantía de las garantías", en buena cuenta una garantía del debido proceso mismo, porque son el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte del juez *a quo* y, por el otro, para permitir corregir (lo antes posible) los errores del mismo.

Quiénes así no lo entienden, quienes ven en las impugnaciones (solo) un fastidioso vehículo dilatorio y como tal una amenaza a la efectividad de la tutela judicial, bien harían en pensar que ningún derecho procesal de las partes estaría asegurado si es que el juez actuara en el convencimiento de que sus resoluciones no podrán ser controladas (o podrán serlo solo al final del proceso por él llevado).¹⁷

VII. PERSPECTIVAS DE IURE CONDENDO

Más bien lo que sí deberíamos preguntarnos es si las impugnaciones que actualmente tenemos reguladas en nuestro CPC responden a esa necesidad de "garantizar" un debido proceso.

Comenzando por las impugnaciones "internas", vale decir, las que presuponen el proceso no terminado (lo que nosotros llamamos "recursos").

final del proceso produce no raramente serios inconvenientes, en el caso en el que el juez haya cometido graves errores en las fases iniciales del procedimiento. Si al respecto no se obtiene de inmediato un reexamen por parte del juez superior, las fases sucesivas del proceso de primer grado pueden devenir en completamente inútiles. El peligro de consecuencia de este género ha llevado a acentuar el principio de definitividad de la sentencia y a admitir en varias hipótesis una impugnación interlocutoria", agregando que la "apelación interlocutoria es ahora ampliamente admitida en la mayor parte de los ordenamientos estatales, mientras que el de la definitividad es aplicado de modo más riguroso por los cortes federales. Bajo este perfil el proceso federal se ha adaptado menos a las exigencias del proceso moderno". Tomemos nota: los estadounidenses consideran que la apelación de las interlocutorias es "una exigencia del proceso moderno".

¹⁶ Que es lo que ocurre en nuestro proceso arbitral en donde encontramos un modelo perfecto de inimpugnabilidad de todas las resoluciones interlocutorias. De hecho el artículo 58 de la Ley General de Arbitraje (en adelante LGA) establece que "contra las resoluciones distintas del laudo solo procede recurso de reposición ante los propios árbitros", inclusive contra la resolución de los árbitros que se pronuncia sobre la existencia, eficacia o invalidez del convenio arbitral o el no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida "no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación" (artículo 39 LGA). Vale decir, que si los árbitros desestiman una oposición al arbitraje, la parte que la promovió no podrá impugnar la resolución de inmediato y tendrá que esperar la emisión del laudo para hacerla valer como motivo de anulación (artículo 73 LGA), con todo lo que ello significa.

Bajo tal óptica, no es ciertamente adecuado el denominado "recurso de reposición", no solo y no tanto por su limitado campo operativo (los decretos, artículo 362 CPC), sino sobre todo porque implica el cuestionamiento de la resolución ante el propio juez que la ha emitido y porque lo que él resuelva es a su vez inimpugnable (artículo 364 *in fine* CPC). La garantía de la impugnación está en que la parte pueda llegar a otro juez. Si ha de mantenerse la reposición (ampliándose su ámbito operativo además a los autos) debería establecerse la apelabilidad del auto que se pronuncia sobre la reposición. Además, debería establecerse como concurrente con la apelación directa e inmediata. Que se deje a la parte escoger si le es más conveniente plantear reposición (o sea tratar de enmendar el acto que considera errado ante el mismo juez) o apelar de inmediato (y llegar así ante el otro juez).

En cuanto a la apelación, debería distinguirse con algo de mayor precisión entre la apelación de las sentencias y de los autos definitivos (o sea los que *per se* ponen fin al primer grado) y la apelación de los autos interlocutorios.

En tal sentido, debería reiterarse que toda sentencia (o auto que cumple igual fin) es apelable. Podría pensarse alguna forma de atemperar el efecto suspensivo inmediato, o sea alguna forma de concesión de la *ejecutividad provisional* de la sentencia de primer grado (solo) de condena, con las debidas garantías (que yo encuentro en el órgano: que sea el *ad quem*, y no el *a quo* el que la conceda). Debe permitirse siempre a las partes la alegación de otros hechos y el ofrecimiento de nuevas pruebas. Deberían establecerse con precisión los supuestos en los cuales el *ad quem* pueda, al pronunciar la sentencia de apelación, anular la apelada, limitándose al máximo posible los supuestos de remisión del proceso al primer juez. Si la apelación debe promover una auténtica "segunda instancia" (como lo quiere la Constitución) hay que hacer lo posible para que en apelación se puedan subsanar todos los vicios que puedan haber ocurrido durante el proceso en primer grado.

En cuanto a la apelabilidad de las interlocutorias (o sea de los autos que se pronuncian sobre alguna cuestión procesal o sustancial pero que no impiden que el proceso prosiga), deberían eliminarse todas aquellas normas que establecen su inimpugnabilidad y, a su vez, eliminarse la denominada apelación diferida para los demás. La apelación de las interlocutorias debería ser siempre no suspensiva y muy rápida (podría adoptarse el procedimiento del recurso de queja que me parece magnífico).²¹

Por lo que atañe al recurso de casación, debería obviamente mantenerse, pero con algunos ajustes. En principio, si queremos auténticamente asegurar la igualdad ante la ley, se debería ampliar su ámbito operativo a todas las sentencias (y autos que cumplen igual fin) de segundo grado, sin importar cuál sea el órgano judicial que la haya emitido. En segundo lugar, se debería establecer como regla la no suspensividad del recurso tratándose de sentencias (solo) de condena, con posibilidad de disponer, a instancia de la parte recurrente ante la propia Corte Suprema, la suspensión de la ejecutividad, cuando su ejecución pueda provocar efectos difícilmente reversibles. Debería mantenerse como recurso por motivos limitados pero ampliarse los mismos comprendiendo al error de hecho. Finalmente, debería limitarse al máximo la posibilidad del reenvío, es decir evitarse al máximo la fractura entre fase *rescindente* (ante la Corte Suprema) y fase *revisoria* (ante el juez de apelación o incluso ante el a

²¹ Cfr. mi *La Corte Suprema en el debate entre la instancia y la finis*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 47, agosto 2002, pág. 43, nota 4 (citado en *Problemas del proceso civil*, cit., pág. 277).

quo) tratándose de errores *in procedendo* en donde el vicio esté en la propia resolución de apelación.

No está de más señalar que todo el procedimiento de impugnación (sea cual fuere) debería estar informado por el principio del contradictorio, que hoy está prácticamente ausente en todos los procedimientos recursivos.²¹

Debería introducirse el impulso de parte ante el juez de impugnación y la caída en abandono del procedimiento si es que las partes no lo impulsan en un determinado tiempo.

Finalmente, por lo que atañe a las impugnaciones "externas" o sea las que presuponen un proceso ya terminado con sentencia (o acto equiparado) productora de cosa juzgada, deberían hacerse ajustes profundos a esa única impugnación de esta categoría que tenemos, o sea la denominada nulidad de cosa juzgada fraudulenta (artículo 178 CPC). En principio, establecer su campo operativo: solo las sentencias o actos equiparados productores de cosa juzgada. Luego, precisarse las causales (que deben ser taxativas) y el plazo para su interposición, que no puede correr objetivamente desde que la sentencia (o acto equiparado) quedó firme, sino desde que se tomó conocimiento de la causal. Finalmente, debe decidirse si se quiere una impugnación meramente *rescindente* (o sea que busca eliminar la sentencia —o acto equiparado— y sus efectos sustanciales) o también que la fase *rescisoria* (enderezada a la emisión de la sentencia que tome el lugar de la sentencia —o acto equiparado— rescindida) se realice ante el mismo juez del *rescindente*.

Cada impugnación cumple dentro del sistema la función de asegurar uno que otro elemento del debido proceso y en definitiva que el resultado final del proceso sea lo más *justo* posible. Mal hacemos, en aras de una supuesta celeridad, en pensar que la *justicia* se pueda lograr suprimiéndolas (o limitándolas). Corresponde al legislador, con todo realismo y haciendo una lectura de la experiencia, encontrar el punto de equilibrio para evitar que las impugnaciones de ser vehículo para una mejor justicia se transformen en vehículo para su opuesto.

²¹ De hecho del contradictorio se puede omitir en el (pseud) recurso de reposición, si el juez así lo estima (artículo 363 CPC); no hay contradictorio en la apelación de autos interlocutorios (artículo 376 tercer párrafo CPC); así lo hay en la apelación de sentencias emitidas en procesos de conocimiento y abreviado (artículo 373 tercer párrafo CPC) o en la apelación de sentencias de los sumarios. No hay casos de contradictorio en el recurso de casación.