

## CAPÍTULO I

### LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Instancia única o múltiple
2. Las distintas opiniones
3. Antecedentes históricos
4. Antecedentes nacionales
5. Constitucionalidad

## **C a p í t u l o   I**

### **LA SEGUNDA INSTANCIA**

**SUMARIO:** 1. Instancia única o múltiple. 2. Las distintas opiniones. 3. Antecedentes históricos. 4. Antecedentes nacionales. 5. Constitucionalidad.

## 1. INSTANCIA UNICA O MULTIPLE

Si la controversia sobre la necesidad de la apelación reconociera fundamentos puramente jurídicos, ya, a esta altura del debate, alguna de las partes en pugna habría podido demostrar lógicamente la superioridad de sus razones. Pero como ocurre que el punto no es de índole jurídica, sino política, el desacuerdo subsistirá en los mismos términos de las doctrinas que lo informen. “En tanto se les brinde a los juristas la posibilidad de discutir sus problemas —decía Couture— el de la instancia única o múltiple será motivo propicio a la discusión. Cuando ya no les esté permitido discutir, entonces habrá cesado el debate. Y lo que es más grave, habrá cesado en favor de la instancia única. La misma autoridad que acalle la discusión, acallará la apelación” (1).

El sustento político de la doble instancia aparece manifiesto en la cita. Y, en efecto, preferir la celeridad a la seguridad, o viceversa, es una opción que se justifica históricamente en uno u otro sentido, según circunstancias ajenas al derecho mismo. De no ser así, resultaría difícil explicar por qué las cuestiones más trascendentes —como las que atañen a la familia— son juzgadas en algunos regímenes, en instancia única, y otras de menor interés institucional —como la mayoría de los derechos patrimoniales— merecen el contralor de mayor juez. “Si un jurado al declarar probado un asesinato hace pasible la aplicación de la pena de muerte

(1) COUTURE, Eduardo, en el prólogo al libro de COSTA, Agustín A., *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, p. 3, ed. por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, año 1950.

—meditaba Jofré— la apelación es improcedente” (2); comprobación ésta que también permite desechar la existencia de una relación necesaria entre la naturaleza, gravedad o importancia de las hipótesis sometidas a la jurisdicción y la exigencia de dividirla en distintos grados de conocimiento.

La cuestión no puede, en consecuencia, vincularse a teoría alguna sobre la *juridicidad* de la segunda instancia. Sólo es legítimo referir a un contexto determinado la posibilidad o no de alzarse y la conveniencia de instituir o no la alzada. Este es, por otra parte, el criterio de la jurisprudencia: aunque no de raigambre constitucional —declaró la CNCiv., sala B— en nuestra organización judicial la doble instancia es garantía de mejor justicia, lo cual no impide que, disponiéndolo la ley, existan sentencias irrecurribles. Pero, de no negarse expresamente ese derecho, toda sentencia definitiva es apelable (3).

(2) JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimiento*, I, p. 41, Ed. La Ley, Bs. Aires, 1941.

(3) *La Ley*, 138-256, con nota de BELLUSCIO.

## 2. LAS DISTINTAS OPINIONES

Rivarola, Gómez y Moreno, y más recientemente Vélez Mariconde y Soler, entre otros, sostuvieron con sólidos argumentos la conveniencia de la instancia única en el proceso penal. No recordamos otra opinión contraria que la de Oderigo.

En cuanto al proceso civil, la diferencia no alcanza las mismas proporciones, pero es asimismo pronunciada en favor de aquella solución: Lascano, reiteradamente, y en especial al prologar la primera edición del libro de Ibáñez Frocham <sup>(4)</sup> se pronuncia contra la multiplicidad de los recursos. Jofré, en su erudito *Manual*, pasa revista a los principales fundamentos que sostienen la necesidad de mayor juez, y los refuta vigorosamente <sup>(5)</sup>. Alsina se decide por el régimen de tribunales colegiados de instancia única <sup>(6)</sup>. La autoridad de los tres procesalistas citados no ha menester de otras adhesiones que, sin embargo, se prestaron: Pasini Costadoat, Eduardo Augusto García y muchos más, antes y después de aquéllos, participan de una posición que suma adeptos cada día.

El criterio opuesto tiene en Couture, según ya lo vimos, su abanderado. Lo comparten Agustín A. Costa, cuyo libro —único y póstumo— prologara el maestro uruguayo; Castro, Dassen e Ibáñez Frocham y, en alguna medida, Podetti <sup>(7)</sup>.

<sup>(4)</sup> *Los recursos en el proceso civil*, Ed. Soc. Bibliog. Argentina, Bs. Aires, 1943.

<sup>(5)</sup> *Ob. cit.*, p. 42 y sgtes.

<sup>(6)</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado*, I, p. 138, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1956.

<sup>(7)</sup> "Sin desconocer las razones y propósitos de quienes bregan por la instancia única en materia civil, se mantiene pues, la doble instancia,

El sistema de la instancia única para el fuero civil fue receptado, con variantes y para cierto tipo de juicios, por los códigos de Mendoza, Jujuy y Santa Fe, y para toda clase de cuestiones, en La Rioja.

El Segundo Congreso de Derecho Procesal (Salta, 1948), declaró, a nivel nacional, la conveniencia de su adopción.

¿Cuál es, en realidad, la sustancia de los argumentos con que ambas partes defienden sus convicciones? Sucintamente, éstos:

a) *Por la doble instancia:*

“El principio de la doble instancia encierra una preciosa garantía de control y seguridad” <sup>(8)</sup>.

“Nada puede llevar al espíritu del hombre, mayor tranquilidad y sosiego, que saber que sus conflictos serán resueltos por órganos jurisdiccionales sometidos, a su vez, a fiscalización de otros cuerpos de más alta jerarquía y de mejor capacidad técnica” <sup>(9)</sup>.

“Es un principio universalmente admitido” <sup>(10)</sup>.

b) *Por la instancia única:*

“El que triunfa en primera instancia y pierde su pleito en la apelación, no pensará, seguramente, que el tribunal de segunda instancia es el que está en lo

en general, instituyendo aquélla para los conflictos en los cuales predomina la prueba de los hechos” (PODETTI, J. Ramiro, en *Código Procesal Civil. Proyecto del P. Ejecutivo*, Ed. Oficial, Bs. Aires, 1949, 15 y 16), agregando el autor que no se proyectó la instancia única, salvo para la justicia de paz letrada, porque en un cuerpo legal así, “no podían hacerse experimentos” (*Tratado de los recursos*, p. 77).

<sup>(8)</sup> IBÁÑEZ FROCHAM, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, p. 99, 2ª edición, Bs. Aires, 1957.

<sup>(9)</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>(10)</sup> IBÁÑEZ FROCHAM, *ob. cit.*, ed. 1943, p. 30.

cierto y, por lo tanto, no se habrá eliminado la incertidumbre" <sup>(11)</sup>.

"No creemos necesario que existan jueces aprendices para resolver mal los asuntos, y otros experimentados, encargados de corregir los errores de aquéllos" <sup>(12)</sup>.

"Nuestras leyes han establecido la instancia única en asuntos graves y nadie ha observado que con ellas se prive de garantías al litigante" <sup>(13)</sup>.

El tenor de las razones transcritas demuestra que no puede abordárselas desde el punto de vista del conocimiento dogmático. Se trata de explicaciones sociológicas, psicológicas, políticas, estadísticas, esto es, como le complacía decir a Soler, ajenas al mundo de las normas.

Son los datos de la realidad los que han de computarse al momento de decidir en qué lugar, en qué momento y en relación a qué áreas del proceso debe preferirse un sistema a otro.

A nuestro modo de ver, la instancia única podrá sustituir a la doble en la medida que se demuestre prácticamente que es más rápida y económica, y por lo menos igual de segura, lo que hasta hoy, en algunas provincias, parece dudoso. Y, desde luego, debe ir acompañada de algunas mínimas garantías teóricas, como la oralidad, la colegiación, y remedios extraordinarios locales suficientes, que se ha probado son inescindibles del sistema.

<sup>(11)</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado*, I, p. 133.

<sup>(12)</sup> JOFRÉ, Tomás, *Manual*, I, p. 43.

<sup>(13)</sup> JOFRÉ, Tomás, *Manual*, I, p. 43.

### 3. ANTECEDENTES HISTORICOS

La teoría de los ciclos de la historia, una especie de tránsito circular (o quizá en espiral) de la humanidad, que la lleva una y otra vez a situaciones análogas, pareciera hallar ejemplo válido en la evolución de la segunda instancia: de períodos en que el alzamiento era desconocido e innecesario, el hombre llega a épocas donde la multiplicidad de recursos y de instancias es tan enorme, que nadie sabe cuándo han de terminar los pleitos. De ese extremo regresa al punto de partida, celebrando la instancia única como panacea de todos los males de la justicia. Y así una y otra vez.

Al comienzo de todo, las cosas pudieron ser como las imagina Podetti, con evidente lógica: "Mientras el gobernante pudo administrar justicia personalmente y en cada caso, o la administró la asamblea del pueblo, parece claro que los recursos eran innecesarios y que la justicia discernida patriarcalmente o mediante la interpretación del juicio de la divinidad, se consideraba infalible. Ni razón de poder, ni razón de justicia, justificaban una revisión del fallo" (14). La situación cambia, sin embargo, cuando la sociedad primitiva se complica y el jefe debe delegar en otros el ejercicio de algunas de sus facultades, por ejemplo, la de administrar justicia. Delegar no significa abdicar. El soberano se reserva siempre el derecho al contralor y, en el área de la administración de justicia, ese derecho consiste en la devolución a su autoridad de la plenitud de la juris-

(14) PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, p. 61/62; Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958.



dicción, para revisar en última instancia lo decidido por tribunales inferiores.

En este orden de ideas, no es del todo exacto que la apelación fuese desconocida en los primeros tiempos de Roma. Ciertamente no se presentaba con los efectos que hoy se le asignan y su funcionamiento, muchas veces atípico, se subordinó al interés del Estado. Caída la República, con la expansión del poder imperial y la aparición del procedimiento extraordinario<sup>(15)</sup>, el ingreso de la alzada al derecho romano se hace conspicuo. Esta cronología estuvo lejos de ser casual<sup>(16)</sup>: la apelación fue una medida política del príncipe, quien, como depositario de la jurisdicción se adjudicó la facultad de decidir los juicios en última instancia. El alzamiento aparece entonces más como técnica de gobierno que como categoría jurídica: "La apelación y la doble instancia —decía Jofré— son precauciones que el pueblo y los legisladores adoptan contra los jueces permanentes... Si en Roma se concedía la apelación de los fallos de los magistrados para ante el pueblo, no era porque se considerase que el pueblo juzgaría con mayor acierto, sino porque se quería tener una garantía política sobre los magistrados. Más adelante, después de la caída de la República, los emperadores establecieron como medida política la doble instancia, empleándola a manera de dominación"<sup>(17)</sup>.

La instancia única regresa con la aparición del feudalismo, pero en la medida que se afirma la monarquía y somete a los señores feudales, reaparece el segundo

(15) Recordemos que hubieron en Roma tres sistemas procesales diferentes: el de las acciones de la ley, el formulario, y el extraordinario.

(16) Cada sistema corresponde al régimen político vigente en cada una de las tres etapas de la historia de Roma: las acciones de la ley a la monarquía, el formulario a la república, y el extraordinario al imperio.

(17) JOFRÉ, Tomás, *ob. cit.*, p. 41.

grado de la jurisdicción, ejercido por el príncipe como depositario de la totalidad del poder.

La tendencia hacia la pluralidad de instancias adquiere una dinámica sostenida durante el llamado período de consolidación, al surgir en Europa las modernas nacionalidades. Sin embargo, algunas centurias después, “saturado ya el procedimiento de recursos y de instancias, comienza el reflujo”<sup>(18)</sup>, según la ajustada metáfora de Podetti que coincide con nuestra imagen de un tránsito histórico circular. “Los prácticos y los técnicos —dice— se afanan en sistematizarlos y disminuirlos y se perfila la tendencia hacia la instancia única que, si no suprime los recursos, los disminuye”.

*España*, por supuesto, compartió las peripecias de la fractura del imperio y de la obligada convivencia con el invasor germano. Soportó además la experiencia de la dominación árabe, por lo que todo este avatar político no pudo dejar de reflejarse en sus instituciones. El Fuero Juzgo, primer cuerpo de legislación común entre germanos y peninsulares (que justamente con la invasión arábiga cayó en desuso), consagra ya el derecho de alzarse, acogido por todos los ordenamientos posteriores. Podetti<sup>(19)</sup> recuerda las más importantes referencias que hacen las Leyes de Partidas respecto de la instancia múltiple: la *alzada* es definida por la ley I del Título XXIII, como *querella que alguna de las partes faze de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando o recorriendo a emienda de mayor juez*. La ley XVIII agrega: *agraviándose alguno del juyzio que le diere su judgador, puòdese alçar del, a otro que sea mayoral*. Pero el *alçada* deve ser en esta manera, subiendo de grado en grado todavía del menor al mayor, no dexando

(18) *Tratado de los recursos*, p. 65.

(19) *Ob. cit.*, p. 65/66.

*ninguno entre medios* <sup>(20)</sup>. Pero si alguno quissiese luego tomar la primera alçada para el Rey, ante que passase por los otros juezes, dezimos que bien lo puede fazer <sup>(21)</sup>. Y la ley 25 completa el concepto estableciendo que dos vezes se puede ome alçar de un mismo juyzio, que es dado en contra él, en razón de alguna cosa o de algún fecho: mas si despues fueren confirmados los dos juyzios... no se puede alçar la tercera vegada... e que graue cosa seria, auer esperar sobre la misma cosa una quarta sentencia. Mas si por auentura el Juez de alçada reuocase los dos juyzios primeros... entonces bien se puede alçar la parte contra quien reuocasse los juyzios.

La admisión de la instancia múltiple no implicaba el desconocimiento de sus riesgos. Con buen sentido la ley 13, título 23, Part. 3ª, señalaba las dudas que el exceso de instancias provocaba en el legislador:

*El esto pusieron dos razones. La una, porque los pleytos principales non se alongassen, nin se embar-gassen por achaques de las alçadas, que fuessen tomadas en razón de tales agrauiamientos. La otra, porque en el tiempo que se ha de dar el juyzio afinado, la parte que se tuuiere por agrauidad ad del Judgador, se puede alçar, e fincale saluo, para poder demandar, e mostrar ante el juez del alçada, todos los agrauiamientos que recibió en el pleyto y del primero juez.*

Trasladadas a América las instituciones españolas, la doble instancia pudo haber funcionado, de ser necesario, el primer día: "Si en el acto de fundarse Buenos Aires hubiera surgido un pleito por intereses civiles... ahí estaba el juez para juzgar, el tribunal de segunda

<sup>(20)</sup> El doble grado de la jurisdicción se estructura sobre la regla de que todo juicio debe pasar *sucesivamente* por el conocimiento pleno de dos tribunales de diferente jerarquía.

<sup>(21)</sup> "Lo que pasa actualmente —dice **PODETTI**— con ciertos recursos extraordinarios y el llamado recurso *per saltum*". (*Ob. cit.*, p. 66).

instancia para rever (<sup>22</sup>). Naturalmente, la alzada era ejercida por el propio Garay.

Menos de un siglo después de la fundación, en 1661, se origina por real cédula de Felipe IV la Audiencia de Buenos Aires. Su competencia, en razón del territorio, alcanzaba "todas las ciudades, villas y lugares y tierra que se comprende en las Provincias del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán", provincias sustraídas a la jurisdicción de Charcas. Suprimida en 1673, la Real Audiencia de Buenos Aires se restablece en 1783, con competencia sobre los territorios de Buenos Aires, Tucumán y Cuyo. En razón del grado, conocía de todas las causas civiles y criminales que iban por apelación de las sentencias dictadas por los gobernadores, intendentes, subdelegados, alcaldes mayores y otras justicias. Contra las decisiones definitivas de la Audiencia podía recurrirse, de acuerdo al monto en litigio, ante el Rey, mediante recurso de *segunda suplicación*. Este se concedía al solo efecto devolutivo, permitiendo así la ejecución de la sentencia si la parte apelada daba fianza suficiente.

La Audiencia de Buenos Aires era presidida por el Virrey y en su ausencia por el Regente. En su segunda etapa constaba de cinco oidores (<sup>23</sup>), quienes tomaban sus decisiones a mayoría de votos (<sup>24</sup>). Los acuerdos se insertaban en un libro especial donde se hacía constar el voto de cada oidor cuando en el pleito se discutían sumas mayores a los cien mil maravedíes.

(<sup>22</sup>) JOFRÉ, Tomás, *ob. cit.*, p. 63.

(<sup>23</sup>) Además, revistaban en el Cuerpo otros funcionarios: dos fiscales, uno civil y uno penal; relatores, alcaldes, alguaciles mayores, escribanos de cámara, receptores, procuradores, etc.

(<sup>24</sup>) En caso de no haber más de dos oidores en la ciudad, ellos formaban mayoría y dictaban sentencia válida. Si discordaban, elegían un juez para dirimir la discordia.

Como los acuerdos eran secretos <sup>(25)</sup> y la ulterior divulgación de los fallos no excedía habitualmente los estrechos límites del pretorio, parece impropio afirmar que el que fuera el más alto tribunal en suelo americano elaborase una verdadera jurisprudencia. Pero coinciden sus historiadores en que tales Acuerdos contribuyeron a precisar cuestiones que en la diversidad de las leyes entonces vigentes, se presentaban expuestas en forma vaga o contradictoria.

No fue, sin embargo, la Audiencia, el único tribunal de alzada que funcionó en la Colonia: como consecuencia de las reformas introducidas por los Borbones en la política económica española, se crea, por cédula del 30 de enero de 1794, el Consulado de Buenos Aires. Al igual que otros órganos del gobierno colonial, ejercía funciones administrativas y judiciales, conociendo como tribunal de única instancia en materia comercial, hasta la suma de mil pesos. En los pleitos de mayor cuantía, que excedieran dicha suma, se admitía el recurso de apelación <sup>(26)</sup> para ante un cuerpo llamado, justamente, *Tribunal de Alzadas*. Lo integraban el decano de la Audiencia y dos *colegas*, comerciantes éstos, hombres de caudal conocido, prácticos e inteligentes en la materia de comercio y de buena opinión y fama, como le complacía recordar a Jofré, los que estaban obligados a proceder a estilo llano, la verdad sabida y la buena fe guardada <sup>(27)</sup>. En acuerdo privado los jueces emitían su voto, “empezando siempre el más moderno”, sistema que aún perdura en algunos códigos actuales. Dos votos hacían sentencia de la que podía recurrirse en tercera instancia, para ante el Consejo de Indias radicado en España.

<sup>(25)</sup> La publicidad de los acuerdos de los tribunales fue propuesta recién en 1858 (Conf.: JOFRÉ, *ob. cit.*, p. 72).

<sup>(26)</sup> Solamente de los autos definitivos o que tuviesen fuerza de tales.

<sup>(27)</sup> Art. 5º de la cédula ereccional.

Asimismo, los Cabildos también fueron tribunales de primera instancia en lo civil y criminal, siendo sus sentencias apelables ante la Audiencia, gobernadores o ayuntamientos. Dichas funciones judiciales se cumplían por los alcaldes, de primero o segundo voto, conforme al orden en que los emitían. Pero además, los Cabildos conocían de las apelaciones otorgadas “por las justicias inferiores... pues había casos en que el tribunal de segunda instancia era el Cabildo, el gobernador o su teniente” <sup>(28)</sup>.

<sup>(28)</sup> JOFRÉ, Tomás, *ob. cit.*, p. 70.

#### 4. ANTECEDENTES NACIONALES

Operada la desvinculación política y administrativa de España, las estructuras judiciales creadas en tiempos de la Colonia no fueron desmanteladas enseguida ni simultáneamente. Durante un lapso, variable para cada una, subsistieron junto a las nacientes instituciones del nuevo régimen, o combinándose con ellas, lo que provocó un estado de incertidumbre que hoy es difícil de captar en su verdadera dimensión.

La segunda instancia compartió, naturalmente, estos avatares. La Real Audiencia de Buenos Aires fue suprimida en 1812, reemplazándola una Cámara de Justicia, que entendía en los recursos de apelación concedida por el juez de primer grado. En el recurso de segunda suplicación (revisión del proceso en aquellas causas que no cabía otro remedio contra el agravio recibido), intervenía el gobierno, asociado para ello a dos ciudadanos de probidad y luces <sup>(29)</sup>; “luego la Comisión permanente de la Asamblea (reglamento del 3 de febrero de 1814) y más tarde una Comisión de cinco letrados designados por el gobierno para cada caso (reglamento provisorio del 3 de diciembre de 1817)” <sup>(30)</sup>. Entre 1838 y 1839 se restablecen los recursos de nulidad, injusticia notoria y segunda suplicación, suprimidos un decenio atrás por Viamonte: “El tribunal para conocer de estos recursos lo integraban tres diputados nombrados por el P.E., el Fiscal de Es-

<sup>(29)</sup> PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, p. 72.

<sup>(30)</sup> *Ibíd.*

tado y el Asesor del Gobierno. Este tribunal fue suprimido por ley del Estado de Buenos Aires del 18 de noviembre de 1852" <sup>(31)</sup>.

El Consulado tuvo más larga vida: recién en 1853, por un decreto del Gobernador Obligado, se confirieron las funciones de alzada a un camarista, y dos comerciantes (colegas) designados a propuesta de cada parte. Este tribunal fue suprimido cuatro años después, por ley del 19 de octubre de 1857, concediéndose la apelación para ante la Cámara del Crimen creada en la misma oportunidad. Dicha ley fue modificada en 1859, disponiéndose que la Sala en lo Civil alternaría con la del Crimen en el conocimiento de los recursos deducidos contra lo que decidiera el tribunal del Consulado. El 29 de octubre de 1862 éste queda definitivamente suprimido, y con la sanción del Código de Comercio se atribuye el conocimiento de todas las cuestiones mercantiles a la justicia ordinaria.

Mientras tanto, los ensayos constitucionales que se sucedieron hasta 1853, daban un dispar tratamiento a los tribunales de segundo grado:

El Estatuto Provisional de 1815 confería el ejercicio del Poder Judicial al *Tribunal de recursos extraordinarios de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, a las Cámaras de Apelaciones* <sup>(32)</sup> y demás juzgados inferiores, atribuyendo a las cámaras el conocimiento de: a) Todas las causas que hasta entonces hayan sido peculiares de su autoridad; b) Todas las causas de que conocían las audiencias extinguidas; c) De los recursos de nulidad e injusticia notoria deducidos contra las sentencias del Tribunal de Alzadas de Comercio.

<sup>(31)</sup> *Ibíd.*, p. 73.

<sup>(32)</sup> Sus miembros eran designados por el Director del Estado a propuesta del Cuerpo de Abogados residente en la ciudad asiento del tribunal.



El Reglamento Provisorio de 1817 atribuyó a las Cámaras de Apelaciones la misma competencia territorial que hasta entonces tuviesen, integrándolas con cinco individuos y un fiscal. Aquéllos se turnarían en la presidencia cada cuatro meses, empezando por el más antiguo. Era de su competencia: todas las causas y negocios en que habían intervenido las Audiencias; los recursos de nulidad e injusticia notoria del Tribunal de Alzadas de Comercio; y en grado de apelación y primera súplica de los pleitos sobre contrabando y negocios de Hacienda. Las cuestiones de competencia entre la jurisdicción ordinaria y mercantil, se decidían por el Camarista Presidente con arreglo a la cédula ereccional del Consulado.

La Constitución de 1819 confería el Supremo Poder Judicial del Estado a una Alta Corte de Justicia, limitándose a mencionar las Cámaras de Justicia, pero sin precisar sus funciones ni determinar su competencia, lo que sería materia de la legislación. En cambio, instituía expresamente el requisito de publicidad para la emisión de los votos en toda clase de tribunales.

Tampoco la Constitución de 1826 contiene normas sobre la segunda instancia ordinaria. Dispuso, solamente, que la Alta Corte de Justicia se divida en dos Salas: la primera, compuesta de tres de sus miembros, conocería de la primera instancia; y la otra, compuesta de los seis miembros restantes, conocería de la segunda y última instancia, pero en uno y otro caso, los negocios a decidir en forma exclusiva por la Corte eran de naturaleza institucional.

La Constitución de Córdoba de 1847 —rememora Ibáñez Frocham<sup>(33)</sup>— mantiene al Gobernador como Tribunal de Apelación “mientras se forme la Cámara de Justicia”.

(33) *Un siglo de casación en Buenos Aires*, RDEP, N° 28, p. 4.

La Constitución de 1853 siguió los lineamientos de los ensayos de 1819 y 1826, al omitir referirse a los tribunales de segunda instancia. Su artículo 94 se limita a declarar que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Suprema Corte de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación. Deja, en consecuencia, librado al Poder Legislativo la decisión de erigir tribunales de alzada en el ámbito nacional. A su vez, el artículo 100 determina los negocios en que han de conocer aquellos órganos, y el 101 atribuye competencia en grado de apelación a la Corte respecto de los mismos.

De conformidad con las referidas prescripciones constitucionales, por ley N° 27 del año 1862 se organiza la justicia federal, creándose la Corte Suprema y los juzgados inferiores unipersonales de sección, a razón de uno por provincia. Debieron pasar cuarenta años para que se organizase la justicia federal de segunda instancia: por ley 4055 del 11 de enero de 1902 se crean cuatro cámaras de apelaciones a fin de conocer de los recursos interpuestos contra las decisiones de los jueces de sección, que hasta entonces eran apelables directamente ante la Corte. Las primeras cámaras federales funcionaron en la ciudad de Buenos Aires, La Plata, Córdoba y Paraná. Luego se erigieron las de Rosario (ley 7099), Bahía Blanca (ley 11.539); Mendoza (ley 12.217); Tucumán (ley 12.345); Resistencia (decreto 4256/45) y, por último, Comodoro Rivadavia (ley 22.176) con jurisdicción en Rawson, Comodoro Rivadavia, Río Gallegos, Santa Cruz, Ushuaia, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que entró en funcionamiento el 23 de febrero de 1981.

Respecto de la justicia ordinaria de la ciudad de Buenos Aires, fue organizada por ley 1144 del 15 de diciembre de 1881, conforme al proyecto de los doctores Victorino de la Plaza y José María Rosa. Los autores

sostenían que los jueces de la Capital Federal no integraban el Poder Judicial de la Nación en los términos del artículo 94 de la Constitución, o sea, que no eran jueces de la Constitución, sino de la Ley, doctrina que se refutó luego exitosamente <sup>(34)</sup>.

La ley 1144 fue objeto de reiteradas modificaciones, interesando a los fines de nuestro estudio las reformas introducidas por la ley 1893, del 12 de noviembre de 1886, mediante la cual se establece una Cámara de Apelaciones para entender de los recursos interpuestos contra las decisiones de los jueces de primera instancia en lo civil del fuero ordinario, integrándosela con un presidente y cuatro vocales. Tiempo después se dicta la ley 7055 que erige una nueva cámara, a la que se denomina *Segunda*, tomando desde luego la otra, el nombre de *Primera*, quedando integradas de cinco miembros cada una. La misma ley crea la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, para conocer de los recursos contra las resoluciones de los jueces de comercio, que hasta entonces se elevaban a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Correccional y Comercial.

La ley 12.330 dividió a las cámaras civiles en dos salas de tres miembros cada una, las que, por Acordada de dichas Cámaras en pleno (27 de abril de 1937) tomaron las denominaciones de Sala A y Sala B. A su vez, la Cámara Comercial, el 21 de diciembre del mismo año, adopta una resolución similar.

La Constitución de 1949 suprimió toda diferencia entre jueces federales y nacionales, disponiendo que en la Capital de la República todos los tribunales tienen

(<sup>34</sup>) La Corte ha declarado que carece de base legítima la distinción, pues tanto los jueces federales como los ordinarios tienen el mismo origen constitucional y son idénticos los procedimientos para su designación, sus prerrogativas y su imperio (Fallos: 244 : 332). Para un estudio más completo sobre la refutación, ver: ALSINA, *Tratado*, II, p. 106 y sgtes.

el mismo carácter nacional. Dictada en su consecuencia la ley 13.998, ésta unifica las denominaciones vigentes hasta entonces, designando como “Cámaras Nacionales” a los tribunales federales y ordinarios de segunda instancia. Las alzas federales se llamaron, pues, “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contenciosoadministrativo”, quedando dividida en tres salas: civil y comercial; contenciosoadministrativa, y criminal y correccional. Las alzas ordinarias se reconstituyeron de este modo: las dos cámaras civiles formaron un solo tribunal, bajo el nombre de “Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal”, dividiéndose por Acordada del 26 de diciembre de 1950 en cuatro Salas: A, B, C y D. Al elevarse el número de integrantes del cuerpo a quince, diez y ocho y veintiuno, respectivamente, se crearon las salas E, F y G. La Cámara de Apelaciones en lo Comercial pasó a llamarse “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal”, manteniendo su división en dos salas de tres miembros cada una. El número de sus miembros se aumentó a nueve, por ley 14.769, dando origen a la Sala C.

Derogada la Constitución de 1949, las cámaras federales con asiento en las provincias recuperan su anterior denominación (art. 50, decreto 1285/58), manteniendo el nombre de *nacionales* las instaladas en la capital de la República.

Tales los antecedentes de nuestra organización judicial, en lo que a la segunda instancia se refiere. Su composición, denominaciones y competencia en la actualidad, será materia del próximo capítulo.

## 5. CONSTITUCIONALIDAD

¿Existe un *derecho subjetivo* a la doble instancia?

Y si existe, ¿es de jerarquía constitucional?

Ninguna de las dos preguntas puede responderse en abstracto, de acuerdo a la filiación política que más arriba asignamos a la competencia de alzada. Lo que intentaremos descubrir, entonces, es si en un régimen jurídico determinado, resulta posible o no hallar el concepto de *exigibilidad* referido a los recursos ordinarios. O sea, la facultad del particular de imponer al estado una pretensión jurídica como es la de alzarse contra *cualquier* resolución dictada en *cualquier* clase de proceso.

En principio, dado que el recurso es el medio de continuar el ejercicio de la acción <sup>(35)</sup>, pareciera que, como ésta, importa un derecho subjetivo a la jurisdicción. En efecto, uno y otro la ponen en movimiento; sólo que la acción abre la instancia de primer grado, y el recurso la de segundo grado. Vistas las cosas desde ese ángulo, este último sería tan exigible como la primera.

La teoría contraria se sustenta en el hecho de que la jurisdicción es una sola, y que el Estado divide su ejercicio (competencia) según reglas impuestas por su mera voluntad legislativa, en cuanto no se aparte del marco constitucional. En consecuencia, para satisfacer

(35) Conf.: IBÁÑEZ FROCHAM, *ob. cit.*, 2ª ed., p. 41.

el derecho a la jurisdicción reclamado por el particular, le bastaría ofrecer nada más que una instancia.

En este punto, las razones están tan desavenidas como en lo relativo a la conveniencia de la instancia única o múltiple, aunque no necesariamente los sostenedores de una u otra se alineen en el mismo signo. Ibáñez Frocham, vaya el caso, partidario de la doble instancia, reconoce que “no es exigible al Estado” <sup>(36)</sup>, aunque enseguida acota su pensamiento con la añadidura de que no lo es, *en tanto la Constitución no la imponga* <sup>(37)</sup>. Amílcar Mercader aisla esta idea para examinarla con más prolijidad: “Aunque la doble instancia no sea un requisito constitucional ineludible —dice al comentar un fallo de la Cámara de Apelaciones de Mercedes <sup>(38)</sup>— es lo cierto que en la Provincia de Buenos Aires, cuando menos, el órgano jurisdiccional de la justicia está estructurado sobre esa base. De esta suerte, todo pronunciamiento genérico del juez del pleito —desde la sentencia definitiva, hasta el decreto interlocutorio— es apelable en principio”. La sentencia anotada declaraba inapelable lo resuelto sobre la excepción de pago opuesta por el ex inquilino (ya desahuciado) en la ejecución promovida en su contra por el ex locador por cobro de gastos y honorarios devengados en el juicio de desalojo. Con la disidencia del Dr. Acuña Anzorena, el tribunal decidió que era aplicable al caso el artículo 612, Código Procesal de Buenos Aires, donde se establecía la inapelabilidad de la sentencia dictada en juicio de desalojo. Mercader fustiga la solución acordada. En todo juicio, sostiene, aun computadas las excepciones impuestas por la economía, la apelabilidad es

<sup>(36)</sup> *Ob. cit.*, p. 100.

<sup>(37)</sup> *Ob. cit.*, p. 101, pero admitiendo que su arbitrio no es “pacífico ni en la legislación, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia”.

<sup>(38)</sup> *El juicio de desalojo y la restricción de la apelabilidad*, J. A., 1949, III, p. 167 y sgtes.

lo normal “porque la facultad de recurrir, en cuanto medio de impugnación dirigido a provocar el contralor de las decisiones judiciales de primera instancia, está reconocida a favor de todos los disconformes como un presupuesto de la justicia misma y de la eficacia del proceso. En el enjuiciamiento, el derecho de alzarse es primario y está asegurado por la Constitución de la Provincia y por el Código de Procedimientos Civil y Comercial, no sólo para las partes que litigan, sino para todos los titulares de algún interés legitimado durante el desarrollo procesal”.

La jurisprudencia, por su parte, insiste en negar la existencia de alguna relación necesaria entre la doble instancia y la garantía constitucional al derecho de defensa. En “Delegación Regional de Trabajo y Previsión v. Noel y Cía. Ltda.” (Agosto 3, 1953), la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró: “No afecta la inviolabilidad de la defensa ni constituye por ende agravio susceptible de sustentar la procedencia de la instancia extraordinaria, la falta de una segunda instancia judicial, porque ello no reviste el carácter de garantía constitucional, según doctrina uniforme de la Corte” <sup>(39)</sup>. A propósito de este fallo, y bajo la firma de A. E. G., se inserta a continuación del mismo la doctrina judicial registrada hasta entonces <sup>(40)</sup>, en una reseña impresionantemente nutrida no sólo con los precedentes de la misma Corte, sino con otros, emanados de tribunales de provincias. Se decía allí que la doble instancia carece de objeto cuando el tribunal es colegiado; que la inviolabilidad de la defensa no se afecta por el número de instancias que las leyes locales organicen con arreglo a la naturaleza de la causa; puesto que no es en rigor, una garantía esencial del derecho de defensa, sino de la mejor decisión de la causa.

<sup>(39)</sup> J. A., 1953-IV, 183.

<sup>(40)</sup> *La doble instancia judicial y la defensa en juicio*, ibídem.

Quince años después se seguía diciendo que la instancia de alzada es de excepción y de orden público <sup>(41)</sup>, pero que en casos extremos, el principio de economía procesal debe privar sobre el de la doble instancia <sup>(42)</sup>.

La doctrina de los autores parece haber avanzado un paso más en el análisis. Hacía notar Podetti que la Constitución Nacional no prevé más que una instancia ordinaria y una extraordinaria, constituida, aquélla, por “los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciese en el territorio de la Nación” (art. 94, C. N.) <sup>(43)</sup>. Ello le hace concluir que “no existe óbice para el establecimiento de tribunales de instancia única (ordinaria), ni para una regulación legislativa de los recursos que responda a los fines señalados” <sup>(44)</sup>. Conforme a estas ideas, Ibáñez Frocham agrega: “Y el Congreso argentino ha establecido que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por la Corte Suprema de Justicia; *por las Cámaras Nacionales de Apelación* y por juzgados de sección en la Capital Federal y en las provincias” <sup>(45)</sup> (las cursivas son nuestras).

Confrontadas ambas opiniones, resultaría que en el orden nacional la primera instancia emana de la Constitución, y la segunda instancia (ordinaria) de la ley.

Profundicemos un poco más este concepto: si el segundo grado de la jurisdicción dependiera de una decisión política del constituyente, como lo hemos venido sosteniendo, va de suyo que las opciones son dos: o se incluye la competencia de alzada en el texto constitucional, o no se la incluye. En el primer caso, la pretensión de interponer recursos ordinarios reposará en la

<sup>(41)</sup> C. Paz Letrada, S. Fe; J. A., 1977-III, síntesis.

<sup>(42)</sup> C4ª Civ. y Com. Córdoba; J. A., 1978-III, síntesis.

<sup>(43)</sup> *Tratado de los recursos*, p. 19.

<sup>(44)</sup> *Ob. cit.*, p. 20.

<sup>(45)</sup> *Tratado de los recursos en el proceso civil*, p. 96.



Constitución y, salvo por estrictas razones de economía y transferencia (<sup>46</sup>), los jueces no podrán denegarlo, so pena de desconocer un derecho subjetivo directamente vinculado a la garantía de la defensa en juicio. En el segundo caso —inexistencia de cláusula constitucional— si el legislador crea la doble instancia, será en virtud de una nueva decisión política, pero de nivel inferior al de la Constitución y, por ende, insusceptible de generar más pretensiones que las que la propia ley autorice; y si no la crea, no habrá el derecho subjetivo de exigirla.

A esta altura del razonamiento, el método para ubicar la cuestión en nuestro sistema positivo aparece claro: debe establecerse, previamente, qué constituciones mencionan los tribunales ordinarios de alzada como integrando el poder judicial del Estado y cuáles no lo hacen. Siguen el primer sistema las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Mendoza, Santa Fe y Santiago del Estero (toma sentido ahora, la afirmación de Mercader: "Aunque la doble instancia no sea un requisito constitucional ineludible, es lo cierto que en la provincia de Buenos Aires —cuando menos— el órgano jurisdiccional de la justicia está estructurado sobre esa base"). Lo mismo podría decirse, en consecuencia, de Córdoba, Corrientes, etc. El segundo sistema es seguido por las constituciones de Catamarca, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis y Santa Cruz. En ellas, la segunda instancia, restringida, no pasa por las cámaras, *según el texto constitucional*, sino

(<sup>46</sup>) En la monografía más arriba citada, MERCADER consentía dos excepciones a la regla de la apelabilidad: a) las relativas a resoluciones que por su intrascendencia no merecen computarse (razones de economía); b) las relativas a las resoluciones apelables en efecto diferido (razones de transferencia).

que es competencia de "Cortes Supremas" o "Superiores Tribunales", conforme la denominación que en cada caso se dé al más alto cuerpo judicial. Podetti piensa que en estas provincias la constitución dejó librada a la ley el número de instancias ordinarias (<sup>47</sup>). Sin embargo, como él mismo lo acota a continuación, "en algunas, la Corte o Superior Tribunal ejerce funciones de tribunal de apelación ordinaria". En esta última hipótesis no sólo no están previstas las cámaras de apelaciones sino que, además, y de acuerdo a una muy autorizada opinión, *no podrían* crearse, por ser inconstitucionales (<sup>48</sup>).

Creemos que apenas si es necesario advertir que no habrá de confundirse el derecho a la alzada con el derecho a que ésta sea ejercida por determinados tribunales (cámaras de apelaciones) ya que el primero se satisface dándole competencia a la corte o superior tribunal para conocer de los recursos ordinarios.

Resumiendo, tenemos visto en el ordenamiento positivo argentino, tres sistemas:

a) El de la Constitución de la Nación, cuyo artículo 94 se refiere a *tribunales inferiores* —inferiores

(<sup>47</sup>) *Tratado de los recursos*, p. 20.

(<sup>48</sup>) La opinión pertenece a Salvador M. Dana Montañó y fue desarrollada en un estudio muy completo que bajo el título *Jurisdicción y competencia de los Tribunales Superiores* publicó la *Revista de Estudios Procesales* de Rosario, Nº 7, p. 35 y sgtes. El autor, con motivo de la situación creada en Chubut frente al pedido de erigir una cámara en Comodoro Rivadavia, sostiene: "Pareciera, pues, incontestable, frente al texto de la constitución chubutense, que solamente el Superior Tribunal pueda ser tribunal de alzada, para conocer y decidir, en segunda y última instancia, los recursos deducidos contra las sentencias dictadas en estos fueros (los ordinarios...) por los jueces de primera instancia, y, por ende, que no cabe introducir tribunales de segunda instancia bajo cualquier denominación que se pretenda darles". "En ninguna parte de la constitución se hace referencia a estos tribunales de alzada, sus atribuciones, a su composición, a la calidad de sus miembros, etc., como debiera haberse hecho lógicamente, si hubiera estado en la mente del constituyente la posibilidad de su creación".

a la Corte Suprema— sin mencionar el número de instancias, por lo que el segundo grado de la jurisdicción no es exigible en cuanto garantía constitucional al derecho de defensa.

b) El de la Constitución de la Provincia de *Buenos Aires* y otras, donde es exigible al Estado una segunda instancia administrada *por cámaras de apelaciones*.

c) El de la Constitución de la Provincia de *Catamarca* y otras, donde se reconoce un derecho subjetivo a la alzada pero no a tribunales específicos de segunda instancia.

A ellos debe añadirse un cuarto sistema, el de instancia única, instituido en *La Rioja* por el artículo 117 de la Constitución de 1949 <sup>(49)</sup>. En este ensayo <sup>(50)</sup> no sólo no se tutela derecho subjetivo alguno a la segunda instancia, sino que expresamente se lo suprime.

(49) PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de la competencia*, p. 134, ed. Ediar, Buenos Aires, 1954.

(50) El carácter *experimental* del régimen es subrayado por IBÁÑEZ FROCHAM con un dejo de ironía, en su trabajo póstumo *Un siglo de casación en Buenos Aires*: "En punto a la organización judicial, la Carta vigente —ésa de 1853— impuso a las provincias el deber de asegurar su administración de Justicia (art. 5). Todas lo hicieron de inmediato manteniendo la primera y la segunda instancia, ambas letradas. Esta organización subsiste hoy si bien alguna provincia de escasa población viene ensayando un régimen de instancia única" (RDEP, N° 28, p. 5).