

LA DOBLE INSTANCIA

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Bien sabido es que la finalidad que persigue todo recurso judicial es salvar el error humano, que como bien señala Ibañez Frocham (1) -citando a Caravantes- que ya este autor desde el siglo pasado señalaba la imposibilidad del Estado de asegurar a sus ciudadanos jueces infalible, puesto que había que elegirlos entre los hombres.

Y agregaba luego, que la imperfección del hombre, siempre expuesto al error, puede ocasionar a las partes en litigio algún gravamen, algún perjuicio, alguna lesión a sus intereses, y el Estado tiene inter,s propio en que tal error se repare.

A comienzos de siglo Jofr, enseñaba (2), que "la apelación y la doble instancia son precauciones adoptadas por el pueblo, con los jueces técnicos y permanentes, y que no rigen para la institución del jurado, que no tiene superior en lo que a los hechos se refiere...".

Por eso el fundamento jurídico de los recursos, lo encontramos en la existencia cierta de un gravamen producido por una resolución judicial, y aunque parezca perogrullesco señalarlo, es importante destacar desde una óptica sistémica, que desde aquí; se construye todo el andamiaje del sistema de la única o la doble instancia.

Ramos Mendez, conceptualiza a la doble instancia de un modo muy sencillo, que creemos oportuno citar, dice que "consiste en el examen de un mismo asunto por dos grados jurisdiccionales distintos" (3); y coincidiendo con toda la doctrina atribuye el fundamento de la existencia de la doble instancia, que la considera arraigada dentro del proceso civil, a un fundamento psicológico, cual sería evitar el error humano.

Desde esta circunstancia tan simple, se levanta la organización de un sistema judicial determinado, por lo tanto partiendo de esta premisa, que por ser tan elemental, hasta podría resultar redundante su mención, la tarea que asumimos pretende la demostración de los avatares que enfrenta este sistema en la actualidad, debido a las distintas regulaciones existentes.

2.- ANTECEDENTES

En el derecho romano más antiguo Briseño Sierra nos enseña que no existió la apelación tal como la conocemos hoy en día (4), no se concebía una nueva instancia en donde pudiera existir un nuevo juez que dictara una sentencia distinta a la primera.

Este autor señala, que la apelación que más se acerca a la que conocemos actualmente surge en el proceso penal, con la llamada provocatio ad populum, a través de la cual el condenado somete su cuestión a la decisión del pueblo, reclamando contra la sentencia y la orden que en su consecuencia había emitido el magistrado, pronunciándose aquél en última instancia (5).

Recién durante el Imperio, aparece una apelación con caracteres similares a los actuales, que se denominó *appellatio* vel *provocatio*. La impugnación se hacía ante magistrados expresamente delegados por el emperador para la revisión.

Al llegar al derecho justiniano, la apelación se convirtió en la forma ordinaria de impugnar las sentencias definitivas, pero además Justiniano permitió la apelación de interlocutorias, y eliminó el límite del recurso cuando la condena no llegaba a cierta suma.

Briseño Sierra, señala con referencia al derecho americano, que ya los indígenas conocían la doble instancia, de manera que por ejemplo en México, las resoluciones de los alcaldes podían ser apeladas, en este caso ante la Sala del Consejo de Moctezuma.

Pero si pasamos del derecho indígena al derecho colonial, como nuestro derecho abrevia básicamente en las fuentes del derecho español, no está demás señalar que la principal influencia sobre los códigos hispanoamericanos fue ejercida por la ley de enjuiciamiento civil española de 1855 (6).

Tanto en nuestro país, como sucedió en otros ámbitos, la administración de justicia aparece confundida con la administración pública, siendo las más de las veces los magistrados, las mismas personas que ejercían funciones ejecutivas.

En el período indiano existió la doble instancia, debido a la influencia que señalamos, al igual que sucedió durante el período patrio, siendo de destacar que para evitar la intervención del Consejo de Indias, la Junta Grande sancionó el 21 de junio de 1811, el "Reglamento provisorio sobre los recursos de segunda

suplicación, nulidad o injusticia notoria y otros extraordinarios", que creaba un tribunal formado por cinco miembros de aquella y regulaba el procedimiento a seguir (7).

Sin embargo, es recién el 23 de enero de 1812 que a través del "Reglamento de institución y administración de justicia", se cambia el nombre de audiencia por el de cámara de apelaciones, la cual iba a entender en aquellos recursos (8).

En las capitales que no tenían cámara de apelaciones se estableció la "alzada de provincia", y aquí es importante apuntar un dato que señala el autor citado(9), que sólo los pleitos superiores a mil pesos podían llegar a la cámara.

Como vemos, en la época anterior a la Constitución de 1853/60, ya teníamos establecida la doble instancia dentro de nuestra organización judicial, y si llegamos al momento del dictado de aquélla, podemos apreciar que si bien no fue receptada dentro de la misma, aludiéndose solo al debido proceso adjetivo (art. 18), se entremezclaron algunos conceptos.

Por ejemplo se estableció la competencia originaria y exclusiva de la Corte para atender en determinadas cuestiones (ver arts. 100 y 101), con lo cual en esos casos no había doble instancia; y por otro lado, se estableció el juicio por jurados (arts. 24 y 67 inc. 11), que además está decir no se ha llevado a cabo, aunque si resulta interesante para conocer el destino final de la doble instancia.

Vale decir que por entonces, jamás tuvo rango constitucional la doble instancia, como carácter intrínseco del debido proceso legal (arg. art. 18 C.N.), circunstancia ésta que la Corte Suprema además se encargó de señalar expresamente, habiendo configurado una doctrina clásica e inveterada en este aspecto a través de sus pronunciamientos.

3.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Desde siempre, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha encargado de señalar, con toda precisión que la doble instancia no era un requisito imprescindible del debido proceso legal.

Así ha entendido pacífica y uniformemente que: "la doble instancia judicial no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional..." (Fallos 251:72; 253:15; 290:120; 294:361; 298:252; 311:274; 312:195; entre otros).

La única salvedad que conviene precisar es que la propia Corte señaló que sí quedaba afectado el debido proceso, cuando la doble instancia está instituida por ley, pudiendo citarse a modo de ejemplo: "Bonorino Pero, Abel c/Nación Argentina" (Fallos 307:966), entre otros.

La importancia de citar esta doctrina inveterada de la Corte Suprema, radica en mostrar por un lado el cambio operado en la misma a partir de la incorporación a nuestra Constitución de los Tratados internacionales, a los cuales se les otorgó jerarquía suprallegal (conf. art. 75 incs. 22 y 24), y por otro lado en mostrar el cariz legal que tenía la doble instancia en algunos supuestos, en los cuales no podía soslayarse, pues importaría un menoscabo al legítimo derecho de defensa en juicio.

4.- LA NUEVA CONSTITUCION Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Por lo tanto, si analizamos ahora, la nueva situación que se plantea con la doble instancia, a partir del dictado de la nueva Constitución Nacional en 1994, podemos señalar dos aspectos de sobrada importancia.

En primer lugar que en lo atinente a la doble instancia la nueva Constitución nada dice, por lo cual se podría inferir que se mantiene incólume el principio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes expuesto.

También mantiene el constituyente de 1994, abiertos esos otros dos frentes que ya existían en la vieja Constitución de 1853/60, es decir por un lado la Corte tiene competencia originaria y exclusiva en determinadas cuestiones (definidas ahora en los arts. 116 y 117), y por otro lado se mantiene la expectativa en cuanto a la legislación sobre el juicio por jurados (arts. 24 y 75 inc. 12).

Con lo cual prima facie podríamos sostener que no ha habido cambio alguno que requiera una mirada especial sobre el particular.

Sin embargo, a través de los arts. 75 inc. 22 y 24 de nuestra Ley Fundamental, se incorporan a su letra determinados Tratados Internacionales, definidos en un caso -como los precisa el inc. 22 de la norma antes citada- y aún sin definir por otro, como lo indica el inc. 24, aunque con una clara tendencia, que hasta permite apreciar en toda su intensidad la relativización del principio de soberanía que otrora resultara absoluto, por lo menos en materia de jurisdicción y competencia internacional.

En tal sentido, podemos comprobar que el tema que nos ocupa ha sufrido una variación fundamental, que a continuación señalaremos: la Corte Suprema sostuvo también como doctrina uniforme que el requisito de la doble instancia quedaba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal que prevé el art. 14 de la ley 48, habiendo señalado ello en materia penal inclusive en el caso Jauregui (Fallos 311:274).

No obstante, en el caso Giroldi (E.D. 163-161), la Corte cambia su postura, y mantiene la línea que ya venía desarrollando desde los casos "Ekmekdji n c/Sofovich" (E.D. 148/338), "Fibraca" (E.D. 154-161), o por ejemplo, "Cafés La Virginia" (E.D. 160-246).

Es decir, contrariamente a lo preceptuado por nuestra legislación, les reconoce primacía supralegal a los Tratados internacionales, como reza la nueva Constitución, como es el caso del Pacto de San José de Costa Rica, que es en donde se basa en los precedentes señalados, y

puntualmente en la materia que nos ocupa, reputa inconstitucional una norma del Código Procesal Penal (el inc. 2 del art. 459), que vedaba -por razón del monto de la pena- la revisión del fallo en una segunda instancia.

Desde luego se podrá señalar que el nuevo Código Procesal Penal, por más que sea de reciente data (1991), es anterior a la nueva Constitución Nacional, y por ende a la rejerarquización que sufrieron aquellos Tratados, sin embargo la incorporación de dicho Pacto era anterior (ley 23.054), en nuestro derecho interno.

Lo importante que debemos marcar aquí, es que por razón del monto algunas penas no eran susceptibles de ser revisadas en una segunda instancia, con lo cual a partir del nuevo pronunciamiento -por lo menos en materia penal- la doble instancia ha tenido una revalorización, que a nuestro entender la ha elevado a un rango supralegal, tal como lo establece la nueva Constitución con relación a esos Tratados.

Desde luego que la pregunta que surge de inmediato es saber si en los otros ámbitos que no sea el penal, la doble instancia va a mantener similar envergadura, lo cual importaría una derogación de hecho de algunas normas, para canalizar la aplicación de las mismas a la luz de la doctrina sentada por la Corte Suprema, que en este caso sigue la letra de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para ellos veamos que es lo que se establece en ella. En el art. 8 que lleva por título "garantías judiciales", podemos comprobar la existencia de cinco incisos, en el primero de los cuales se alude de modo genérico a que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por

un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Sin embargo cuando comienza el segundo inciso, dividido en varios acápite, se alude exclusivamente al proceso penal, y a las garantías mínimas que debe tener cualquier persona inculpada de algún delito, incluyendo dentro del que lleva la letra h) "el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

Continúa la norma con otros tres incisos que siguen aludiendo a las garantías básicas de un proceso penal.

Esta normativa es coincidente con otro de los Tratados internacionales que fueron incorporados a la Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22, se trata del Pacto Internacional de los

Derechos Civiles y Políticos, que nuestro país había aprobado a través de la ley 23.313 de 1986, es decir poco tiempo después de la que incorporó el Pacto de San José, de Costa Rica.

Y allí se prevé expresamente en el inc. 5 del art. 14 que "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 prescripto por la ley".

Pero también la primera parte de ese artículo al igual que lo hace la primera parte del art. 8 de la Convención antes citada, alude al debido proceso legal, sin limitarlo de modo exclusivo al proceso penal, sino extendiéndolo al proceso civil también.

Por lo tanto una de las cuestiones que nos plantea la nueva regulación a la que estamos haciendo mención es saber su verdadero alcance, es decir la doble instancia, como mecanismo del debido proceso legal, la debemos limitar exclusivamente al ámbito penal, o bien lo podemos extender a otros ámbitos, como el civil, el fiscal o el laboral, como reza el Pacto de San José, de Costa Rica.

5.- CONCLUSIONES

Después de haber tratado de pasar revista a los orígenes de la doble instancia, como asimismo la proyección que tuvieron esos antecedentes hasta llegar a nuestros días, nos queda la sensación que los distintos marcos regulatorios que se presentarían para la doble instancia, hace que debamos apreciarla de un modo para el ámbito penal y de otro para el civil.

Quizás esto se debe a la forma en que es conceptualizada la doble instancia. Muchos autores tratan el tema al aludir a los principios procesales y si bien algunos se ocupan de señalar en qué consisten, otros dan por sobreentendida la cuestión avocándose directamente a su tratamiento.

Obsérvese la diferencia que existe en la conceptualización que hacen de los principios procesales Clemente Díaz y Peyrano (10) mientras el primero los veía como los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera, el segundo los consideraba como construcciones normativas jurídicas de índole subsidiaria, producto de la más cuidadosa decantación técnico-sistemática de las normas que regulan un proceso civil dado.

Quiere decir que mientras para uno la doble instancia no se constituiría en modo alguno en un principio procesal, para el segundo si lo sería, porque con solo remontarnos a los orígenes de nuestra legislación, podemos comprobar como desde siempre el legislador la ha mantenido.

Por lo tanto aquí existe una diferencia fundamental de criterios, y esa diferencia es la que no permitiría conceptualizar a la doble instancia, en tanto y en cuanto no introduzcamos la noción de sistema o tipo procesal, como lo señala Díaz (11).

Dice este autor, que los tipos procesales, también llamados sistemas procesales, son las formas metódicas aptas para el desarrollo de los presupuestos políticos-jurídicos del Derecho Procesal.

Con ese criterio, ya podríamos involucrar a la doble instancia como un mecanismo legal que hace operativo el principio del debido proceso legal.

Porqué nos detenemos en estas disquisición de tipo terminológico. Lo hacemos porque la delimitación de los conceptos, no solo nos va a permitir conocer su real dimensión, sino además permitir su adecuada regulación.

Es cierto que si seguimos el criterio de Díaz la doble instancia en ningún caso puede ser interpretada como un principio constitucional. Es el legislador el que opta por un mecanismo idóneo, adecuado, conforme una determinada postura filosófica, y con el basamento conceptual que mejor estime corresponder para hacer operativos esos principios que expresó el constituyente.

Sin embargo no es menos cierto que aquí se ha producido una variación por lo menos parcial en la conceptualización que hasta ahora teníamos sobre el tema, y dicho cambio ha sido receptado y confirmado por la Excma. Corte Suprema a partir del caso Girolodi.

Como podemos apreciar existe una interpretación en materia penal, que no admite lugar a duda alguna, y que de algún modo podemos decir que eleva a un rango supralegal a la doble instancia, que consagran los Tratados Internacionales. Esto es la necesidad de su fiel observancia a los fines de que el proceso legal sea regularmente desarrollado.

Por lo tanto si así hemos conceptualizado a la doble instancia en materia penal, no nos caben dudas de la necesidad de la adaptación de esta materia para el supuesto de mecanismos como los que establecía el art. 459 que la Corte ha declarado inconstitucional.

Conviene observar en sentido idéntico al expuesto, el aggiornamiento que ha provocado esta situación, y el alcance que le ha dado el constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en 1996 ha establecido como un principio procesal *in se*, y no ya como sistema a la doble instancia (ver art. 13.3 de la Constitución de Buenos Aires), limitándola sin embargo al ámbito del proceso penal, pues esa norma a ese proceso hace alusión.

Por ello la cuestión que cabría analizar es la suerte que va a correr la doble instancia en materia distinta a la penal.

Una primera aproximación nos permitiría inferir, que la doble instancia únicamente tendrá el alcance y la jerarquía supralegal o constitucional que hemos señalado solo dentro del ámbito del proceso penal.

Sin embargo como antes lo hemos señalado, de la primera parte del art. 8 del Pacto de San José, de Costa Rica que alude a las garantías judiciales, se desprende que esas garantías a que hace mención la norma no solamente deben regir en el proceso penal, sino además para el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Y aquí es donde aparentemente se produciría la confusión, pues deberíamos preguntarnos, sobre la suerte que correría el art. 242 in fine del Código Procesal, o el art. 92 de la ley 11.683 de procedimientos tributarios, o bien el art. 273 inc. 3 de la ley 24.522 de concursos y quiebras.

Sin embargo consideramos que la Corte en este sentido no ha variado su postura, y es más, podemos hasta sostener que por el momento la ha confirmado, pues por ejemplo hace relativamente poco tiempo, in re "The Coca Cola Company y Otros s/Medidas cautelares" T.355.XXVI, con fecha 12 de septiembre de 1995, más allá de defender la legalidad de la doble instancia, conforme el alcance del art. 198 del Código Procesal, en materia de medidas cautelares, señaló expresamente que el legislador había

creado "un sistema" que se particularizaba en este caso por la posibilidad de que una determinada cuestión pueda ser examinada por dos tribunales.

Como vemos aquí ya estamos enfrentados a una clara postura de la Corte, posterior a la nueva Constitución Nacional, aunque no está demás señalarlo, pretendía el mantenimiento o protección del debido proceso legal a través de la doble instancia.

La cuestión a dilucidar va a estar dada cuando no se permita la revisión en una segunda instancia, en base a una norma que vede el acceso a la misma, como por ejemplo la que antes citamos.

Primar allí la concepción sistémica de la doble instancia, o el nuevo rango otorgado desde los Tratados internacionales.

La respuesta es siempre difícil de obtener, pero lo cierto es que en la actualidad conviven en nuestro país distintos sistemas, pero también es importante tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por el Pacto de San José, de Costa Rica, ha resuelto en la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, que "la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cual sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano".

Pero conviene agregar a esto que también ha entendido la Corte Interamericana, que ello de ningún modo puede interpretarse como que la Corte pueda analizar la legislación interna de un país determinado para establecer las posibles contradicciones que existan entre sus normas o bien con la letra del Pacto de San José, de Costa Rica.

En tal sentido consideramos que la doctrina sentada por la Corte, ya vigente la nueva Constitución Nacional, y teniendo en cuenta el alcance que le atribuye a la doble instancia al conceptualizarla como un sistema por el que ha optado el legislador, nos marcan la impronta del sentido que debe atribuírsele a la misma fuera del ámbito penal.