

## EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN Y LA DOBLE SENTENCIA CONFORME

### INTRODUCCIÓN

El presente trabajo quiere examinar, en primer lugar, el instituto jurídico civil del doble grado de jurisdicción que viene a ser, en el ámbito civil, el homólogo o al menos equivalente del instituto de la doble sentencia conforme, en el campo canónico. Así, y optando por un análisis de derecho comparado entre el derecho procesal civil italiano y el español sobre el doble grado, pretendemos conseguir su significado, las razones que lo sustentan, su naturaleza y con ello su vinculación con la exigencia de certeza del derecho.

En un segundo momento se pasará al estudio del origen y naturaleza del principio procesal canónico de la doble sentencia conforme<sup>1</sup>, lo cual nos servirá para comprender mejor la *ratio* del mismo. Los estudios consultados<sup>2</sup> al respecto vinculan directamente el principio de la doble sentencia conforme con el principio del *favor veritatis* y, en menor medida y con diversa jerarquía, con el *favor matrimonii* y con la exigencia de certeza y la consiguiente seguridad jurídica; por eso, lo primero que debemos cuestionarnos es si realmente se da esta vinculación inmediata de la doble sentencia conforme con el *favor veritatis*.

Nos preguntamos, pues, si la doble sentencia conforme responde al deseo de asegurar, con medidas y técnicas procesales adecuadas, un pronunciamiento judicial que se corresponda con la verdad. En el caso de una decisión judicial, el problema estriba en hacer corresponder la verdad procesal con la verdad real y ello, con más intensidad si cabe, si tenemos en cuenta que, a menudo, entra en juego el valor de un sacra-

1 Para un desarrollo más extenso sobre la cuestión cf. J. L. López Zubillaga, *La doble decisión conforme en la doctrina procesal del código de 1917*, in: REDC 59,2002, 174-86.

2 Cf. M. J. Arroba Conde, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in: AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, (Studi giuridici, n. XLVI), Città del Vaticano 1997 61.

mento, como ocurre en las causas matrimoniales, las cuales, por ende, son las que abarcan la casi totalidad de la actividad judicial eclesiástica<sup>3</sup>.

También, creemos que así se puede apreciar mejor la especificidad de la doble sentencia conforme, dado el diferente conjunto de valores que encierra el ordenamiento canónico, por ejemplo, el carácter sacramental del matrimonio, con relación al estatal.

#### 1. EL PRINCIPIO PROCESAL CIVIL DEL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN COMO EXIGENCIA DE LA CERTEZA DEL DERECHO

En la experiencia milenaria de los ordenamientos de matriz romana, pero también en cada experiencia jurídica, un dilema clásico fue, y lo será siempre, teniendo en cuenta la naturaleza falible del hombre, el armonizar las exigencias de justicia y de estabilidad<sup>4</sup>.

Entre los problemas fundamentales que se presentan al legislador, en la sede de la disciplina del proceso de cognición, está la necesidad de tener en cuenta y de satisfacer, dentro de determinados límites, dos peticiones que contrastan entre sí: Por un lado, está la pretensión de no contentarse con un primer juicio, en la duda de que éste pueda estar viciado por cualquier error, o simplemente sea injusto, o de todas maneras sea susceptible de perfección. Esto da lugar a la oportunidad de que se dé paso a otro juicio, respecto al cual, también, pueden surgir las mismas dudas y las mismas exigencias, con la consiguiente ulterior oportunidad de otros juicios, en una serie que, considerada la falibilidad de todo juicio humano, tendría que ser infinita. Por otro lado, está, en cambio, el requerimiento contrario que se plantea por la necesidad de conseguir aquello que es el objetivo fundamental del juicio de cognición, esto es, la certeza; la conveniencia, en suma, de considerar el juicio como irrepitable y su resultado como definitivo.

Ya durante la edad clásica del derecho romano la inexistencia de instrumentos de impugnación en relación con la sentencia del *iudex* encontraba su justificación en el fin primario de la función judicial, es decir, trancar del modo más veloz posible las controversias en torno al derecho ya que éstas turbaban la paz social. Coherentemente con un sis-

<sup>3</sup> Cf. A. Vitale, *Sulla conformità delle sentenze nel processo canonico*, in: *EIC* 18, 1962, 437.

<sup>4</sup> Cf. J. Llobell, *Verità e giudicato. La riformulazione del concetto di appello canonico*, in: *AA. VV., Verità e definitività della sentenza canonica*, Città del Vaticano 1997 (*Studi giuridici*, n. XLVI), 30.

tema centrado sobre la figura del juez privado designado por el acuerdo de las partes, el ordenamiento miraba a satisfacer la exigencia preeminente de conferir a la sentencia el carácter de ser inatacable y ejecutiva a través de un pacto entre los litigantes.

En la edad republicana, el derecho procesal se prefijaba el objetivo de poner, a través de la sentencia, en el espacio de la incertidumbre jurídica, cualquier certeza, fuese ésta justa o injusta. En el concepto originario del proceso, la injusticia de la decisión no condicionaba su validez; sólo en una edad más madura, la sensibilidad hacia el valor de la búsqueda de la verdad como fin prioritario del juicio, trajo consigo la introducción del instituto de la apelación que impedía la consolidación de los efectos definitivos del procedimiento decisorio<sup>5</sup>.

En nuestros días, todos los ordenamientos modernos resuelven este problema con una solución de compromiso, es decir, con el establecimiento del carácter definitivo y no repetible del juicio después de la eventual realización de una sola renovación del mismo, llamado doble grado de jurisdicción<sup>6</sup>, así como de otro, y también eventual, juicio de control sobre la legalidad de las dos primeras fases o recurso de casación<sup>7</sup>.

5 Cf. P. Calamandrei, *La cassazione civile I, storia e legislazione*, Roma 1920, 15, 27y 38-9.

6 El doble grado se actúa a través del recurso de apelación el cual: "Tiene por objeto provocar una nueva instancia para un nuevo examen (simplemente revisorio, o total, según los sistemas) del asunto ya juzgado en primera instancia, a cargo de un tribunal superior, a fin de obtener la corrección de posibles errores en que haya podido incurrir el inferior en cualquiera de los extremos que comprende el juicio lógico-jurídico de la sentencia y, por tanto, alcanza lo mismo a la determinación y calificación de los hechos y a la prueba, que a la determinación y aplicación de la norma". L. Prieto-Castro y Ferrándiz, *Tratado de derecho procesal civil, proceso declarativo, proceso de ejecución*, Pamplona 1982, 396-7.

7 "El recurso de casación es un medio de impugnación por regla general de resoluciones finales (definitivas), esto es, de las que deciden el fondo de los asuntos, dictadas en apelación y en algunos casos en única instancia, a fin de que el tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento verifique un examen de la interpretación y la aplicación de las normas realizadas por el órgano de instancia (iudex a quo). Tales normas son las que se refieren al fondo de los asuntos y las que regulan el proceso...El recurso que nos ocupa es un recurso ordinario especial y se le califica de extraordinario, únicamente en el sentido que no se puede interponer ad libitum simplemente porque el sujeto interesado crea que ha sufrido perjuicio por la resolución de instancia...El recurso de casación no es una nueva instancia ni una nueva alzada o apelación...Es más: por la denominación originaria, el órgano al que se atribuye su conocimiento se debería limitar a anular, es decir, casar la resolución impugnada en el caso de estimar producida la infracción denunciada por el recurrente, o sea, ejercer una jurisdicción estrictamente negativa, remitiendo después el asunto al órgano de instancia para que decidiera rectamente. Así fue en sus orígenes pero en la actualidad dicho órgano no siempre ni en todos los países limita su función a la puramente anulatoria, casatoria o rescindente". *Ibid.*, 444-5.

Por tanto, en el ámbito de los ordenamientos procesales seculares, la exigencia de certeza del derecho, que conlleva entre otras cosas una limitación de la posibilidad de apelar indefinidamente las sentencias válidas, ha significado la progresiva adopción del doble grado de jurisdicción<sup>8</sup>.

## 2. DEFINICIÓN DEL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN

La doctrina<sup>9</sup>, que no el legislador, es quien preferentemente emplea el término “doble grado de jurisdicción” o simplemente “doble grado”. Este designa no un instituto de derecho positivo, con las características que lo diferencian en un ordenamiento del pasado o del presente, sino un modelo con el cual las concretas soluciones adoptadas *de iure condito* o discutidas *de iure condendo*, según su tenor, pueden ser más o menos cercanas.

Definir el doble grado significa, pues, definir una criatura del pensamiento jurídico, un paradigma que pertenece al grupo de los conceptos de los cuales la ciencia se sirve como un instrumento de análisis.

Chiovenda destaca que “con esta premisa se puede describir sintéticamente el doble grado de jurisdicción como el modelo de disciplina jurídica que, para cada controversia susceptible de examen sobre el mérito, consiente dos sucesivas decisiones sobre el derecho deducido en el proceso por obra de dos jueces diversos, la segunda de las cuales está destinada a prevalecer sobre la primera”<sup>10</sup>.

El componente positivo del modelo<sup>11</sup> se concreta en el principio en virtud del cual, aunque la causa reciba una primera decisión sobre el derecho disputado, el vencido puede impugnar con vistas a una nueva decisión y ello con la previa posibilidad de un nuevo examen completo por obra de otro juez.

En este sentido, hablamos de una impugnación sustitutiva, es decir, que mira a un pronunciamiento sobre el mismo objeto que el precedente, ya que de otra manera no se garantizaría la segunda decisión. Se trata de una impugnación que es posible por el mero hecho de perder el juicio, de modo que el derecho a la segunda decisión correspondería a cualquiera que tenga interés. Y devolutiva, es decir, versa sobre una

8 Cf. C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile II*, 5. ed., Torino 1985, 279-80.

9 Cf. E. F. Ricci, *Doppio grado di giurisdizione*, in: *Enciclopedia Giuridica*, vol. XII, 1988, 1.

10 G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 3 ed., Napoli 1923, 976 ss.

11 Cf. E. F. Ricci, *Doppio grado...o. c.*, 2.

impugnación idónea para volver a proponer ante el juez *ad quem* todos los problemas.

Si atendemos al componente negativo del modelo del doble grado observamos que éste se contenta con la segunda decisión sobre el derecho discutido, esto es, el paradigma es contrario a que ésta última sea a su vez impugnabile con un medio como el descrito arriba (sustitutivo, devolutivo, fundado sobre el único presupuesto de haber perdido en juicio).

Pueden existir otras impugnaciones, pero tienen una estructura y finalidades diversas. Y aquí está la línea de demarcación entre el doble grado y otros modelos a él cercanos, como el de la pluralidad de grados y el de la doble sentencia conforme.

El paradigma de la pluralidad de los grados prevé más impugnaciones con las mismas características indicadas anteriormente y tiende a detenerse con la decisión del juez más elevado<sup>12</sup>. En cambio, el modelo de la doble sentencia conforme se contenta, con la segunda decisión si ésta es del mismo sentido que la primera; en caso contrario, se requiere una tercera que tendrá naturalmente el sentido de una de las dos precedentes<sup>13</sup>.

Si nos situamos en el modelo que nos atañe ahora<sup>14</sup>, se puede comprender cómo la facultad prolongada para poder interponer apelaciones supondría una incertidumbre sobre la titularidad de un derecho y las naturales dificultades para disponer del mismo, lo cual comportaría un verdadero daño al bien público y privado. Por eso, después de dos grados de jurisdicción, los ordenamientos estatales, deciden tratar la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto, renunciando a investigar si esta última decisión es o no justa desde un punto de vista sustancial.

No obstante esto, los ordenamientos estatales<sup>15</sup> también atribuyen relieve al *favor veritatis*, en cuanto garantizan la posibilidad de volver a examinar la verdad establecida en la primera sentencia, antes de concederle la categoría de ley irrevocable para el caso concreto.

El sistema de impugnaciones tiene como finalidad el conseguir que se distancien lo menos posible los planos de administrar justicia y de hacer justicia, es decir, los planos de la verdad lógica (certeza del juez) y

12 Históricamente ha influenciado el proceso romano en el período de la *cognitio extra ordinem*.

13 Este modelo ha influido históricamente el proceso canónico, como veremos posteriormente.

14 Cf. A. Vitale, *Sulla conformità...o. c.*, 436-7.

15 Cf. M. J. Arroba Conde, *Verità e principio...o.c.*, 61.

los de la verdad ontológica<sup>16</sup>. “Pero una posibilidad ilimitada de impugnaciones se volvería abiertamente contra la misma administración de la justicia y contra la seguridad jurídica y, en consecuencia, contra la misma sociedad”<sup>17</sup>.

Cuando se habla de doble grado o de doble instancia<sup>18</sup>, en sentido jurídico estricto, se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero.

El medio por el cual se trae el proceso del primero al segundo grado es el recurso de apelación<sup>19</sup> que interpone el recurrente cuando estima que la resolución dictada en primera instancia le reporta un perjuicio o gravamen por no haberse estimado, en absoluto o en parte, las peticiones que en tal instancia hubiese formulado<sup>20</sup>.

En virtud del recurso de apelación<sup>21</sup>, un órgano jurisdiccional inferior ve revisados sus resultados por un órgano jurisdiccional superior, pero esto no es un control ni una fiscalización administrativa, sino un reparto de competencias, por razones jerárquicas, que respeta en absoluto el principio básico de la independencia de los tribunales<sup>22</sup>.

16 El modelo del doble grado responde a una exigencia de justicia porque la segunda decisión sobre el derecho controvertido, por el hecho mismo de ser segunda, sería en sí y por sí, más atendible que la primera. Cf. F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile II*, Padova 1939, 625.

17 J. J. García Faílde, *Nuevo derecho procesal canónico, Estudio sistemático-analítico comparado*, 3 ed., Salamanca 1995, 14.

18 Cf. J. Montero Aroca, *El recurso de apelación*, in: *Exposición de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, a cargo de: F. Gutiérrez - Alviz Conradi, Valencia 2001, 280.

19 “Porque la apelación que abre una segunda instancia es teórica y prácticamente la más importante suele utilizarse como sinónimos los términos de apelación y segunda instancia. Recuérdese, sin embargo, que, puesto que en nuestro ordenamiento procesal se admite la apelación independiente de algunas resoluciones interlocutorias... no todo recurso de apelación procedente abre una segunda instancia”. A. de la Oliva – M. A. Fernández, *Derecho procesal civil II, objeto, acto y recursos del proceso civil, el proceso civil de declaración*, 4 ed., Madrid 1997, 535.

20 Cf. E. Gómez Orbaneja – V. Herce Quemada, *Derecho procesal civil II, juicios especiales –recursos-, jurisdicción voluntaria*, 6 ed., Madrid 1969, 157; Cf. L. Prieto-Castro y Ferrándiz, *Tratado de derecho procesal civil, proceso declarativo, proceso de ejecución*, Pamplona 1982, 413.

21 Cf. J. Guasp – P. Aragoneses, *Derecho procesal civil II, procesos especiales y jurisdicción voluntaria*, 4ª ed., Madrid 1998, 576.

22 “La definizione sintetica del modello del doppio grado di giurisdizione è enunciata dalla dottrina di regola, in apertura delle trattazioni sull’appello: trattazioni ora contenute in opere di carattere generale (trattati, commentari, manuali), ora in opere sulle impugnazioni, ora in opere monografiche su questo mezzo di gravame”. E. F. Ricci, *Doppio grado...o.c.*,10; Cf. L. Mattiolo, *Tratado de derecho judicial civil I*, traducido de la quinta edición italiana completamente revisada y aumentada por: E. Ovejero y Maury, 1 ed., Madrid 1930, 63-4.

Que la segunda instancia esté prevista con carácter ordinario no quiere decir que sea una fase necesaria que debe forzosamente sustanciarse. La primera instancia nace con clara vocación de definitividad, incluye todas las actuaciones procesales que garantizan la justicia del fallo, y está regulada pensando en la posibilidad de que sea la única que se realice. Si la parte a quien perjudica la sentencia dictada en primera instancia –demandante o demandado– no recurre frente a ella, deviene automáticamente firme, y el derecho de ambos justiciables a un proceso con todas las garantías debe entenderse del todo satisfecho. De todas formas, de la regulación legal se deriva un cierto automatismo debido esencialmente a la posibilidad de recurrir por cualquier causa, siempre que exista perjuicio y a la ausencia de forma del escrito en que se interpone la apelación sin necesidad de motivación, salvo aislados preceptos.

### 3. BREVE SÍNTESIS HISTÓRICA

En virtud del doble grado de jurisdicción, la controversia judicial no se termina definitivamente con un primer examen y una primera instancia, sino que, a instancia de la parte vencida, debe sufrir todavía un segundo examen y una segunda decisión de los jueces de apelación.

El recurso de apelación<sup>23</sup> suele considerarse como una consecuencia de la debilidad humana. Ni la pericia ni la imparcialidad de los jueces pueden garantizar que las sentencias que dictan estén siempre exentas de errores. Además a nadie se le escapa que, a pesar del interés propio de las partes y de la habilidad de sus defensores, existe siempre el peligro de que haya mediado cualquier omisión o error que influya sobre el éxito del juicio.

Si por apelación se entiende *in genere* el medio de solicitar y obtener la reparación de una sentencia injusta, bien se puede afirmar que es coetánea de las más remotas civilizaciones, porque en todos los tiempos se ha sentido la necesidad de protestar contra las sentencias injustas y se ha proveído a ello con medios conformes con las ideas y circunstancias de las épocas respectivas.

Si, por el contrario, se considera la apelación como un medio especial de impugnar la sentencia de los primeros jueces ante una autoridad judicial superior, mediante la institución de un segundo examen del

<sup>23</sup> Cf. L. Mattiolo, *Tratado de derecho judicial IV*, trad. por R. Garrido Juan, 1 ed., Madrid, 1936, 392.

mismo proceso con facultad en las partes de modificar, corregir y ampliar en la nueva fase del juicio la instrucción de la causa y en la autoridad superior de reformar, en todo o en parte, la decisión del juez inferior, tal institución es ya evidentemente fruto de una civilización más avanzada pues supone una ordenación jerárquica de las autoridades judiciales, organización que no existía en los primeros tiempos.

El sistema de las apelaciones en el derecho romano imperial<sup>24</sup> no era sólo una institución encaminada a proveer a la buena administración de la justicia, sino también y principalmente aparecía como un modelo político del que se valía el emperador para concentrar en sus manos el poder judicial.

Posteriormente en la larga lucha surgida entre el poder real y el de los señores feudales, uno de los más eficaces medios de que se valieron los príncipes para sojuzgar a los feudatarios fue el de despojarles poco a poco de la jurisdicción, gracias al sistema de apelaciones y también por el procedimiento de llamar a sí los procesos más importantes que resolvían delegando en los magistrados u oficiales reales. Surgieron de este modo en todo el continente europeo aquellas grandes corporaciones judiciales, que con los nombres de Parlamentos, Senados o Cortes, administraron justicia en el grado supremo en nombre de los reyes.

Andando el tiempo estas corporaciones fueron poco a poco emancipándose de la autoridad de los soberanos. Quedó como recuerdo el principio según el cual la *justice émane du Roi* y en nombre del mismo se continuaron pronunciando las sentencias, pero la firma del rey no se requería ya y los supremos magistrados vinieron a ser de hecho casi independientes del rey<sup>25</sup>.

Por su parte, el proceso civil español se rige por el principio de la doble instancia<sup>26</sup>, lo cual quiere decir que toda contienda entre partes, independientemente de la clase de juicio en que se sustancie, ordinario o especial, y dentro del primero, cualquiera que sea su cuantía, es susceptible de pasar, antes de su decisión inimpugnable, por dos grados jurisdiccionales.

24 Cf. *Ibid.*, 393, 395-6.

25 Cf. Carre, *Lois sur l'organisation judiciaire I*, París 1839, n. 108.

26 "Fue la Ley de Bases de 1855 la que dispuso que en materia civil no había más de dos instancias, esto es, la regla del doble grado, sin perjuicio del recurso de casación". Cf. J. Montero Aroca – M. Iglesias Cabero – J. M. Marín Correa, *Comentarios a la ley de procedimiento laboral, artículos 183 a final II*, Madrid 1993, 1043.



## 4. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ITALIANO

El derecho italiano acogerá también el sistema del doble grado. “La apasionada defensa que del doble grado (y de la apelación como instrumento para realizarlo) llevó a término Pisanelli en el comentario del código de procedimiento civil sardo de 1854 influyó profundamente sobre el pensamiento de la doctrina (a excepción hecha de Mortara). Esta defensa quedó consolidada en la *communis opinio* por la autoridad de Chiovenda. De aquí en adelante el principio del doble grado y la apelación permanecerán al reparo de nuevos replanteamientos hasta prácticamente la figura de Cappelletti con su *parere iconoclastico* de 1969”<sup>27</sup>. En los albores de los años setenta del siglo XX, se inicia una discusión científica entre partidarios y detractores del sistema del doble grado de jurisdicción.

Para conocer qué supone y conlleva hoy tal paradigma pensamos que es útil que nos adentremos en el debate con un método histórico y sistemático a la vez. Lo que realmente nos interesará será, utilizando un criterio sincrónico, los argumentos a favor y en contra del doble grado; resultado que se obtendrá con un estudio diacrónico de los distintos autores que han contribuido en la elaboración doctrinal sobre este sistema en Italia.

## 4.1. Argumentos contrarios al doble grado de jurisdicción

Son numerosos los autores (Mortara<sup>28</sup>, Cappelletti<sup>29</sup>, Pizzorusso<sup>30</sup>, Ricci<sup>31</sup>...) que consideran que el doble grado es un paradigma destinado a desaparecer de los ordenamientos judiciales. Los principales razonamientos que se exponen son los siguientes:

27 E. F. Ricci, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 33, 1978, 60.

28 Cf. L. Mortara, *Appello civile*, in: *Digesto italiano, enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, vol. III, parte 2ª, Torino 1890, 380-1012

29 Cf. M. Cappelletti, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile*, in: *Giurisprudenza Italiana*, 121, 1969, 81-8. ID., *Doppio grado di giurisdizione: Parere iconoclastico n° 2, o razionalizzazione dell' iconoclastia?*, in: *Giurisprudenza Italiana* 130, 1978, 1-7.

30 Cf. A. Pizzorusso, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 33, 1978, 33-58.

31 Cf. E. F. Ricci, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 33, 1978, 59-85. ID., *Doppio grado di giurisdizione*, in: *Enciclopedia Giuridica*, vol. XII, 1988, 1-10.

*a. Constituye una profunda desvalorización del juicio de primer grado*

Con el sistema del doble grado<sup>32</sup> la primera sentencia no está dotada normalmente de fuerza ejecutiva, es decir, en ese momento la causa no está todavía ni vencida ni perdida. El resultado es que el primer grado es sólo una larga fase de espera<sup>33</sup>, una penosa antecámara para alcanzar la fase de apelación. Sólo ésta es el verdadero juicio, al menos para la parte que económicamente se lo puede conceder.

*b. No es el cauce más adecuado para solucionar los errores de hecho y de derecho*

Así, Mortara<sup>34</sup> afirma que, contra los posibles errores que afectan a una primera decisión, se deberían abrir dos vías distintas de reparación: Por un lado, si el error fuera el resultado de una incompleta instrucción de la causa, se debería admitir la revisión de la sentencia por parte de los mismos jueces que la han pronunciado. Por otra parte, si el error fuera el resultado de una violación o aplicación falsa de la ley cometida por el juez, más que la apelación lo que debería concederse es el recurso de casación, el cual habría de convertirse, por lo tanto, en un remedio ordinario.

En el mismo sentido Cappelletti<sup>35</sup> sostiene que es mejor tener un preciso y cuidado juicio de primer grado que un verdadero y propio nuevo examen del mérito de la causa. El de primer grado sería final por lo que se refiere a las cuestiones de hecho y abierto sólo a una impugnación por errores de derecho sustanciales y procesales.

Por su parte, Pizzorusso<sup>36</sup>, considera que en la estimación de los hechos los dos jueces no tienen las mismas oportunidades. Así, el

32 Cf. M. Cappelletti, *Parere iconoclastico...o.c.*, 84.

33 "Nel 1955, la durata media dei processi civili di primo grado era, davanti ai conciliatori, di 175 giorni; davanti ai pretori, di 320 giorni; in tribunale, di 545 giorni. Per i giudizi di secondo grado, la durata media era di 410 giorni davanti ai pretori, di 478 giorni in tribunale, e di 428 giorni nelle corti d' appello. La durata media di un procedimento in cassazione, era di 678 giorni...Nel 1965...si ha una durata media dei giudizi di primo grado di 328 giorni, 529 giorni, e 824 giorni rispettivamente davanti ai conciliatori, ai pretori e ai tribunali; mentre la durata media dei giudizi di secondo grado è di 854 giorni in tribunale e di 643 giorni in corte d' appello. In cassazione, la durata media nel 1965 balza al record impressionante di 1073 giorni, quasi tre anni". M. Cappelletti, *Ibid.*, 83.

34 Cf. L. Mortara, voz *Appello civile*, in: *Digesto italiano, enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, vol. III, parte 2, Torino 1890, números: 277, 278, 280, 282ss. No obstante, Mortara aplazaba la desaparición de la apelación a una imaginaria utopía del futuro, cuando las jueces no estuviesen sujetos más a error.

35 Cf. M. Cappelletti, *Parere iconoclastico...o. c.*, 85.

36 Cf. A. Pizzorusso, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 33, 1978, 46-7.

decurso del tiempo lleva consigo el que se borre o enturbien las pruebas (sobre todo la principal parte de las que se confían a la memoria de los testigos); es más, raramente el juez de apelación está en condiciones de renovar enteramente las pruebas (a menudo esto le está explícitamente excluido) por lo cual su valoración de las pruebas se funda sobre materiales cognoscitivos mucho más imperfectos que los empleados por el juez de primer grado. Es pues, el juez de primer grado el que debería corregir el error. Más aún, la corrección de los errores de derecho constituye una función que es peculiarmente específica, no tanto de la apelación como del recurso de casación.

*c. No constituye necesariamente una garantía procesal para la obtención de la justicia*

Este argumento se puede desarrollar desde distintos ángulos: En primer lugar, el excesivo retraso en la administración de la justicia. El doble grado de jurisdicción, dados los excesivos retrasos que comporta, más que una garantía de justicia puede convertirse en la negación de la misma<sup>37</sup>, con el consiguiente perjuicio para la parte económicamente más débil que suele ser la mayoría de la población<sup>38</sup>.

En segundo lugar, si el doble grado se defiende como una garantía de justicia se debe a que la apelación que realiza el doble grado ha de permitir efectivamente ese doble grado. El hecho, afirma Ricci<sup>39</sup>, es que en la legislación italiana se presentan una serie de hipótesis en las cuales realmente la apelación tiende institucionalmente a asegurar un único grado de jurisdicción. Si las enunciamos de un modo somero nos encontramos con los siguientes supuestos:

- Las demandas que se pueden proponer por vez primera en apelación a la norma del art. 345 del *codice di procedura civile* di 1940

37 “Nel 1955 furono iniziati 538.000 procedimenti civili ordinari...nel 1966 la cifra è di 449.947 e nel 1967 è di 439.481. Come si può ben rivelare, si tratta di un vero e proprio crescendo del fenomeno della fuga dalla giustizia dello Stato, una fuga alla quale le parti ricche provvedono, nei rapporti fra di loro, usualmente nel piano arbitrale, ossia sul piano della giustizia privata (magari all'estero) mentre le parti meno privilegiate debbono assai spesso rinunciare a far valere le proprie ragioni in giudizio, piegandosi così ad un vero e proprio macroscopico diniego di giustizia da parte dello Stato...E tutto ciò, in una “Repubblica democratica e fondata sul lavoro”, come proclama l'art. 1 della Costituzione...”M. Cappelletti, *Parere iconoclastico... o. c.*, 84.

38 Cf. *Ibid.*, 85; cf. A. Pizzorusso, *Doppio grado...o.c.*, 46.

Cappelletti en otro artículo destacaba lo siguiente: “L'eliminazione insomma di tutto ciò che può alienare il cittadino e la società dalla giustizia e dal diritto, rappresenta un rafforzamento, non un sacrificio, delle garanzie”. M. Cappelletti, *Doppio grado di giurisdizione: parere iconoclastico n. 2, o razionalizzazione dell' iconoclastia?*, in: *Giurisprudenza Italiana* 130, 1978, 4.

(la exigencia que la cuestión haya sido propuesta en el primer grado no se acompaña por otra parte con la exigencia que se haya pronunciado sobre la misma el primer juez).

- Las demandas subordinadas “absorbidas” en primer grado.
- Las demandas acumuladas sobre las cuales el primer juez haya omitido pronunciarse.
- Las demandas no examinadas en primer grado por impedimentos procesales, fuera de los casos previstos en los art. 353 y 354.
- Y las cuestiones de mérito no examinadas en primera instancia, cuando el juez de apelación estima que debe decidir las.

En otras palabras, si el principio del doble grado puede aparecer en hipótesis como una garantía de justicia es porque, de hecho, puede propiciar un nuevo examen de la controversia. Por eso, cuando cambia el ámbito de la *cognitio* que prepara la decisión, el razonamiento pierde o llega a perder gran parte de su significado. Así pues<sup>40</sup>, lo que estaría en crisis no es la apelación sino el doble grado, porque la apelación tiene sentido y vitalidad en cuanto permite llevar a término un examen preciso y completo de la causa cuando por las circunstancias apuntadas antes el juez *a quo* no ha podido dar una decisión sobre el mérito de la misma.

En tercer lugar, la segunda decisión no tiene porque ser la más justa<sup>41</sup>. Una repetición del juicio, el número más alto posible de veces, ofrece indiscutiblemente mayores posibilidades en orden a individuar la solución más justa al caso concreto. Sin embargo, nada demuestra que sea necesariamente más justa la solución que se adopta en último lugar. Ya reveló Ulpiano que la reforma de la sentencia puede llevar tanto a la sustitución de un mal juicio con uno mejor como al resultado contrario: “*Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat; licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est*”<sup>42</sup>.

Para que el doble grado se contemple como una garantía de justicia tendría que darse el que la segunda decisión fuese más atendible que la primera. Pero, salvo que se recurra a la anacrónica idea de que la

39 Se enumeran simplemente y no se explican con detalle porque su estudio minucioso escapa del objeto de nuestro estudio. Cf. E. F. Ricci, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 33, 1978, 62-9.

40 Cf. *Ibid.*, 75.

41 Cf. A. Pizzorusso, *Doppio grado...o.c.*, 45.

42 Dig. 49.1.1., in: *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, recognovit T. Mommsen, retractavit p. Krueger, 22 ed. vicesima duo lucis ope expressa, Weidmannos 1973, 873.

segunda decisión sea digna de mayor crédito porque proviene de un juez superior, el razonamiento resulta poco convincente.

Precisando más el segundo aspecto del razonamiento, Ricci<sup>43</sup> nos da unas coordenadas previas, de carácter técnico procesal, para situar correctamente la cuestión. Supongamos que se haya desarrollado, procesalmente hablando, un primer grado inmune de vicios y en cuyo ámbito el juez haya cumplido con todas las apreciaciones relevantes para la solución de la controversia, de modo que sea la pura y simple repetición del juicio el único problema. Más aún, conviene suponer que la introducción de *nova* en apelación no sea posible por ley o en su defecto no tenga lugar. Así pues, si en el primer grado se cumple el *iter* procesal del mejor modo posible, el resultado óptimo que se persigue concretamente parece ser, más bien, el de tener un segundo pronunciamiento atendible como el primero; lo que puede ser un éxito, pero que no es suficiente. Dos decisiones del mismo tenor, convencen a la colectividad más que una sola; sin embargo, esto no es el efecto del doble grado, sino el de aquel resultado meramente eventual que es la doble conforme. La hipótesis a considerar es más bien la de dos decisiones deformes; constatar aquí que se está en presencia de dos decisiones igualmente creíbles no presenta la mínima utilidad para la defensa del doble grado. El punto más delicado estriba en el supuesto de que el segundo examen tienda de un modo casi fatal a que sea menos atendible que el primero.

La mirada se dirige así a los poderes y deberes de instrucción que el órgano *ad quem*, con particular referencia a la renovación de la instrucción (en la hipótesis, en sí completa) ya llevada a cabo por el órgano *a quo*. En concreto, el problema descansa en la mayor o menor cercanía a la fuente informativa en relación con el hecho representado, de la cual depende la intrínseca credibilidad de la información obtenida.

Con palabras de Pizzorusso, “el doble grado de jurisdicción es un obstáculo a la justicia por cuanto dificulta la realización de los principios de inmediatez, oralidad y concentración del procedimiento que es un factor básico para el logro de una decisión justa”<sup>44</sup>.

El juicio de apelación<sup>45</sup> configurado como *novum iudicium* –con nuevas excepciones, nuevos hechos, nuevas pruebas– está todavía más lejano, en el tiempo y en el espacio, de los hechos sobre los cuales se basa la causa; los testimonios, propiamente por aquella mayor lejanía,

43 Cf. E. F. Ricci, *Il doppio grado...o.c.*, 83.

44 A. Pizzorusso, *Doppio grado...o. c.*, 46.

45 Cf. M. Cappelletti, *Doppio grado di giurisdizione: parere iconoclastico n. 2, o razionalizzazione dell' iconoclastia?*, in: *Giurisprudenza Italiana* 130, 1978, 2.

46 Cf. Id., *Parere iconoclastico sulla...*, 85.

son menos creíbles; los signos e indicios son más frágiles; la decisión final es ulteriormente retrasada. Todo contribuye para que la decisión de la apelación no sólo no ofrezca mayores probabilidades de ser justa, sino que tenga, por el contrario, probabilidades de una justicia menor que la que tendría la sentencia de primer grado.

*d. No es considerado como una garantía constitucional*

La condición de garantía constitucional significaría que el doble grado estuviese protegido como una garantía fundamental e inderogable<sup>46</sup>.

Lo cierto es que mientras la Asamblea Constituyente ha incluido en la Constitución el recurso de casación<sup>47</sup>, la misma ha rechazado explícitamente incluir el principio del doble grado de jurisdicción.

Esto no significa, sin embargo, que la Constitución<sup>48</sup> no ofrezca indicaciones a las cuales el legislador deba atenerse en orden a disciplinar los medios de impugnación de las sentencias y es propiamente por estas indicaciones indirectas que han tenido lugar los principales problemas de constitucionalidad expuestos en el ámbito de las discusiones referentes a la oportunidad o la legitimidad de la previsión o no del instituto de la apelación como medio de impugnación de las sentencias configurado como gravamen.

Tales problemas consisten principalmente en la individuación de los nexos que la disciplina del doble grado presenta con los principios constitucionales dictados por: El art. 24.2 que tutela el derecho de defensa de las partes procesales<sup>49</sup>; el art. 107.3 según el cual los magistrados se distinguen entre ellos sólo por la diversidad de funciones<sup>50</sup>; y el art. 125.2 que prevé la institución de órganos de justicia administrativa explícitamente calificados de primer grado<sup>51</sup>.

A este respecto la primera pregunta que nos podemos hacer es la siguiente: ¿Vulneraría la garantía constitucional del derecho de defensa de

47 Art. 111.7: "Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra".

48 Cf. A. Pizzorusso, *Doppio grado..o.c.*, 34-7.

49 Que dice así: "*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del processo*".

50 Que reza así: "*I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni*".

51 Que establece lo siguiente: "Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione".

las partes la ausencia del instituto de la apelación? La sentencia más importante es la n. 41, de 31 de mayo de 1965<sup>52</sup>, en la que, aparte de exponer que el principio del doble grado se respeta cuando se da la abstracta posibilidad de que cada una de las cuestiones relevantes para la decisión de la causa sean vistas por dos jueces de diversa instancia sin necesidad de que el primero las haya afrontado todas, además ha mantenido firme la orientación negativa frente a la pregunta sobre la protección reservada por la Constitución al juicio de apelación<sup>53</sup>.

También cabe plantearse si la apelación atentaría contra el art. 107.3 de la Constitución italiana. Sobre este particular conviene advertir que el doble grado de jurisdicción se configura como un importante soporte de aquella concepción jerárquica y autoritaria de la actividad judicial (con las consiguientes amenazas que se derivan para la independencia entre los magistrados<sup>54</sup>) que la Constitución ha querido rechazar con el art. 107.3.

Así pues, una transformación en consonancia con el sentido democrático del Estado italiano debería suponer una revisión del sistema de las impugnaciones. De este modo nada impide que la apelación fuese llevada a otro órgano judicial compuesto por magistrados de igual rango.

Si hacemos excepción de la Corte de Casación, cuya autónoma organización está implícitamente prevista por la misma Constitución, y justificada, por su tendencia a desempeñar el papel de Corte Suprema, debe acogerse la propuesta de abolición de las Cortes de Apelación, con la consiguiente reunión de todos los magistrados que operan en una determinada circunscripción en un único oficio, cuyos componentes estén unas veces encargados de ejercer funciones de primer grado, otras veces de jueces de apelación; otras de juez monocrático, otras de juez colegial. Esto significaría, según Pizzorusso<sup>55</sup>, la realización del principio de independencia interna del juez establecida por el art. 107.3 de la Constitución.

Por otra parte, quienes<sup>56</sup> defienden la apelación como una garantía constitucional lo fundan equivocadamente sobre un paralelismo entre el proceso civil y el proceso administrativo.

52 Corte Costituzionale, 31.5.1965, n. 41, in: *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, 626 ss.

53 Cf. A. Pizzorusso, *Doppio grado...o. c.*, 38.

54 "È proprio l'esistenza di un mezzo d'impugnazione come l'appello che offre tuttora ai capi degli uffici le migliori opportunità di reprimere le interpretazioni non conformi ai loro orientamenti di politica giudiziaria e così di realizzare un'implicita minaccia all'indipendenza dei giudici "inferiori". A. Pizzorusso, *Doppio grado...o.c.*, 49.

55 Cf. *Ibid.*, 42-3, 48-9.

56 Cf. E. Allorio, *Sul doppio grado del processo civile*, in: *Rivista di Diritto Civile* 28, 1982, 317-39, cf. I. Nicotra Guerrera, *Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza*, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 54, 2000, 127-150 ; cf. G. Tarzia - A. Cerino-

La Constitución, dicen<sup>57</sup>, previendo los Tribunales Administrativos Regionales y el Consejo de Estado, impone en el proceso administrativo un doble grado antes del recurso de casación<sup>58</sup> y no es pensable que el proceso civil teniendo como objeto derechos subjetivos en vez de meros intereses legítimos, esté menos garantizado.

Las objeciones que se pueden presentar a este planteamiento son cuestionadas y respondidas por Ricci<sup>59</sup>, cuando afirma que, por un lado, el Consejo de Estado desempeña en el campo administrativo la misma función de “nomofilachia”<sup>60</sup> y de unificación de la jurisprudencia en el lugar que en el ámbito civil es propia de la Corte de Casación; de ahí que la sucesión entre el juicio del Tribunal Administrativo Regional y el del Consejo de Estado corresponde, en realidad, a la sucesión entre un juicio civil de primer grado y el recurso a la Corte de Casación, omitido así, el segundo grado.

El recurso de casación contra la decisión del Consejo de Estado no debe engañar: está previsto sólo para cuestiones de jurisdicción y se justifica sólo con la particular función, atribuida a la corte de casación junto con sus deberes de “nomofilachia”, de supremo regulador de las tareas jurisdiccionales.

Por otro lado, la jurisdicción administrativa nace desde el primer grado como jurisdicción de legitimidad sobre actas, en la cual el hecho a valorar se forma por un *iter* procedimental de la autoridad pública y emerge esencialmente de documentos. Falta pues el *humus* sobre el cual instaurar los problemas como los de la concentración e inmediatez, típicos del proceso civil.

En consecuencia, puede afirmarse que la Constitución no significaría un obstáculo a la supresión del doble grado en el proceso civil.

Canova, *Realtà e prospettive dell'appello*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 33 1978, 86-98.

57 Cf. I. Nicotra Guerrera, *Doppio grado...o.c.*, 146-7.

58 Cf. arts. 125.2; 103.1: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”; y 111.7.8: “Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personal, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

59 Cf. E. F. Ricci, *Doppio grado di giurisdizione*, in: *Enciclopedia Giuridica*, vol. XII, 1988, 9-10.

60 La “nomofilachia” consiste en la determinación de la dirección jurisprudencial vigilando sobre la exacta y uniforme interpretación judicial del derecho.



#### 4.2. Argumentos favorables al doble grado de jurisdicción

Entre los razonamientos que se indican por la doctrina<sup>61</sup> para defender el sistema doctrinal ya secular del doble grado de jurisdicción hallamos los siguientes:

##### a. Potencia el buen hacer del tribunal de primer grado

A este respecto, destaca Mattiolo que “establecido un segundo y sucesivo examen del proceso, los mismos jueces de primera instancia se ven impulsados por amor propio a desplegar la máxima diligencia y a hacer las más cuidadosas investigaciones en el estudio del proceso, con el fin de evitar en sus pronunciamientos todo error u omisión que pudiera proporcionar motivo de censura y de reparación por parte de los magistrados de segundo grado”<sup>62</sup>.

Incluso se podría, según Liebman<sup>63</sup>, valorizar más el juicio de primer grado, frente a quienes descalifican el segundo grado, sin necesidad de abolir la apelación, y ello reconociendo eficacia inmediata a la sentencia de primera instancia, con facultad del juez de apelación para suspenderla cuando pueda parecer oportuno.

##### b. Responde a una necesidad o instinto natural del hombre

El hombre desconfía siempre de sus primeras impresiones<sup>64</sup>, de las deliberaciones resultado únicamente de un primer examen sobre un asunto determinado. Siente la necesidad de volver sobre él, de someterlo a una nueva indagación, a un nuevo juicio. La apelación responde precisamente a semejante necesidad; constituye un segundo examen de la cuestión ya tratada y resuelta por los primeros jueces.

Paradójicamente hay dos autores que siendo contrarios al doble grado se hacen eco de este argumento que precisamente lo reclama. Por un lado, Ricci<sup>65</sup> considera el doble grado no tanto como algo negativo,

61 Ver nota 59.

62 L. Mattiolo, *Tratado de...o. c.*, 403.

63 Cf. E. T. Liebman, “Il giudizio d’appello e la costituzione”, in: *Rivista di Diritto Procesuale* 35, 1980, 409.

En cambio, a Tarzia no le parece aceptable una generalización de la ejecución inmediata de la sentencia de primer grado, dada la tendencia hacia el juez monocrático en esa sede. Cf. G. TARZIA, *Le impugnazioni civili tra disfunzioni e riforme*, in: *Rivista di Diritto Procesuale* 39, 1984, 25.

64 Cf. E. T. Liebman, *Il giudizio...o. c.*, 402.

65 Cf. E. F. Ricci, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in: *Rivista di Diritto Procesuale* 33, 1978, 84.

sino más bien como un punto problemático; entiende que la estructuración de la primera instancia según las mejores reglas posibles en vistas a una decisión justa, lejos de constituir en nuestros días una premisa indiscutible, constituye tal vez la duda fundamental. Por eso se pregunta si una fase para un nuevo examen modelada diversamente, dirigida a repensar los términos de la controversia a través de un control conducido con el máximo de las garantías posibles, no sería no sólo oportuno sino necesario con el fin de que la rápida decisión del primer grado, adquiera mayor entidad para convencer a la colectividad (como ocurre con la confirmación) o se repare cuando menos a posteriori con una decisión diversa derivada de un camino procesal más creíble.

Por otro lado, Cappelletti<sup>66</sup>, que dirige una crítica sin contemplaciones a la apelación como *novum iudicium*, sin embargo, afirma que este reproche significa aumentar la importancia de una impugnación contra las decisiones judiciales, que con independencia del nombre, consistiría en un control de los errores judiciales sustanciales y procesales (incluidos los relativos a los hechos y las pruebas) realizados en el primer y único grado del juicio sobre el mérito. Esto es, el “iconoclasta”, aunque desde una revalorización de la impugnación de casación, también hace referencia a la necesidad que siente el hombre de revisar lo ya decidido, sabedor de que han podido darse errores<sup>67</sup>.

Por ello, puede decirse<sup>68</sup> que la apelación es una garantía no sólo para quien ha perdido el juicio, sino también para la opinión pública que quiere una organización de la justicia que permita revisar el veredicto del primer juez.

### *c. Es una garantía procesal para el logro de la justicia*

El tribunal de apelación<sup>69</sup>, en primer lugar, por el número de sus componentes (mayor que en el primer grado) y por el superior criterio y

66 Cf. M. Cappelletti, *Doppio grado di...o.c.*, 1978, 4.

67 Cerino-Canova ante un planteamiento como el de Cappelletti ( es decir, de reforma pero que no desconoce el fondo de la cuestión) se preguntaba que en el caso de cancelarse la apelación: “Dove finirebbero quei cinquanta o sessantamila gravami che ogni anno vengono proposti. Penso di non sbagliarmi se affermo che una buona parte di essi confluirebbero nell’única impugnativa ordinaria rimasta, ciò nel ricorso in cassazione. In tal modo, l’intento di risolvere in radice i difetti dell’appello determinerebbe la crisi di un altro istituto, la cassazione”. G. Tarzia - A. Cerino-Canova, *Realtà e prospettive dell’appello*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 33 1978, 98.

68 Cf. E. Allorio, *Sul doppio grado del processo civile*, in: *Rivista di Diritto Civile* 28, 1982, 333.

69 Cf. L. Mattiolo, *Tratado de...o.c.*, 402.

experiencia de los mismos presenta unas garantías mayores que las que ofrece el juicio de primer grado.

Llevar la apelación a otro juez de igual grado y del mismo tribunal<sup>70</sup>, ofrecería pocas garantías de tutela de las partes, y por tanto, de justicia puesto que tal sistema ensalzaría la solidaridad corporativa entre los jueces del mismo oficio y reduciría de hecho la libertad de valoración de los mismos. De hecho, el argumento que quería excluir la apelación por favorecer el ejercicio de autoridad (en el sentido peyorativo de la palabra) también se podría aplicar al tribunal de casación y curiosamente ninguno de los que atacan el doble grado con este argumento ponen en cuestión el recurso de casación.

Más aún, los nuevos documentos y medios de defensa hechos valer por las partes en la segunda instancia, así como la misma sentencia apelada facilitan la tarea del tribunal de segundo grado, corrigiendo así eventuales errores u omisiones.

La máxima<sup>71</sup> “*in appellationibus non deducta deduci, non probata probari sunt*” es de una lógica e inexorable necesidad. El error que vicia una primera sentencia, puede ser producido tanto por el hecho de que las partes instruyeron la causa de manera imperfecta o incompleta, como por la acción del primer juez que apreció y decidió equivocadamente la cuestión de hecho o de derecho. Un nuevo examen de la causa no tendría razón de ser si no se concediese a las partes la facultad de ampliar la instrucción con nuevas pruebas y excepciones; y al juez la de ordenar de oficio semejante ampliación. No se podría decir por esto<sup>72</sup> que la causa de apelación resulta totalmente diversa de la tratada y decidida por el juez de primer grado, puesto que la controversia permanece siempre esencialmente idéntica, debiendo el tribunal de apelación decidir sobre la misma demanda principal con que comenzó el juicio y sobre la cual se decidió en primera instancia.

Por eso el juicio de segundo grado es más creíble, sobre todo, si la instrucción ha sido renovada e integrada con la asunción de nuevas pruebas, porque ha habido una mayor reflexión y mejor discernimiento sobre la causa por parte de las partes y el juez<sup>73</sup>.

70 Cf. G. Tarzia - A. Cerino-Canova, *Realtà e...o.c.*, 87-8.

71 “La possibilità del rifacimento del giudizio di fatto in appello...costituisce dunque una garanzia, che mi pare...uno dei fattori qualificanti (che meritano di essere conservati) della struttura dell'appello...” G. Tarzia, *Le impugnazioni...o.c.*, 30.

72 Cf. L. Mattiolo, *El tratado de...o. c.*, 404-5.

73 Cf. G. Tarzia- A. Cerino-Canova, *Realtà e...o.c.*, 90 y 94.

De este modo, Liebman<sup>74</sup> dice que cualquiera que tenga alguna experiencia sobre el funcionamiento práctico del proceso sabe que si bien no se puede excluir la hipótesis, prevista ya por Ulpiano, de una buena sentencia reformada y empeorada en apelación; sin lugar a dudas, más frecuente es el caso inverso, en el cual el error del primer juez encuentra en el segundo la reparación justa. Por eso aunque en la apelación no es fácil asumir nuevamente las pruebas orales y esto es un inconveniente, no lo es tal que pueda, en general, comprometer una renovada visión global de la controversia que da, si es necesario, una nueva formulación a la decisión o, según los casos, colma los eventuales defectos de la sentencia.

Pero no debemos olvidar tampoco que si de hecho el proceso distinto en dos grados tiende principalmente a la consecución de una sentencia justa, permitiendo la corrección de eventuales errores del primer juicio, persigue también la obtención de la certeza a través del paso a cosa juzgada del pronunciamiento, con la expresa prohibición de una ulterior valoración sobre el hecho. El doble grado asumiría así un papel de síntesis entre la justicia y la certeza<sup>75</sup>.

Por otra parte<sup>76</sup>, el supuesto carácter inatendible de un segundo grado porque en éste no se han realizado los principios procesales de inmediatez, oralidad y concentración, no se corresponde con la realidad. Tarzia<sup>77</sup> destaca que, observando el proceso civil ordinario, esto es: la fractura que se da entre el órgano que instruye y el de la decisión, la dispersión, los tiempos largos de su desarrollo, la frecuente sustitución de los jueces en las demoras, se constata que los dos grados aparecen, en realidad, dominados por el principio de la escritura y no por el de la oralidad.

Además debemos tener en cuenta que la disciplina legislativa del proceso no está inspirada por una única idea o se desarrolla por vía de deducción lógica de unos conceptos preconstituídos, es decir, los principios de inmediatez, oralidad y concentración no son intangibles y absolutos<sup>78</sup>.

74 Cf. E. T. Liebman, *Il giudizio...o.c.*, 402-4; cf. E. Allorio, *Sul doppio grado...o.c.*, 322.

75 Cf. I. Nicotra Guerrera, *Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza*, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 54, 2000, 129-30.

76 *Ibid.*, 89-90.

77 Cf. G. Tarzia – A. Cerino-Canova, *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 33, 1978, 86-98; cf. G. Tarzia, *Le impugnazioni civili tra disfunzioni e riforme*, in: *Rivista di Diritto Processuale* 39, 1984, 14-41.

78 Destacamos al respecto una cita de Liebman: "L'appello è il momento centrale del sistema delle impugnazioni, le altre gli fanno corona come i pianeti intorno al sole...se l'appello prolunga i processi, altrettanto fanno le altre impugnazioni. Non mi pare che si sia spiegato perché debba

El modelo de un proceso oral, concentrado e inmediato requeriría por su misma naturaleza un juicio en una única instancia. Sólo en esta fase la sentencia podría ser pronunciada por un juez que hubiera seguido todas las actividades de las partes y hubiera presidido directamente la asunción de los medios de prueba. Al contrario, el juez de impugnación encuentra un material de causa en larga medida ya preformado y ofrecido por las actas escritas; ni siquiera puede renovar siempre y eficazmente los medios probatorios llevados a cabo precedentemente. Y esto ocurre con toda impugnación. Apostar por una construcción absolutamente oral del proceso de modo que supusiera la exclusión de un segundo grado es absurdo porque en la práctica el recurso de casación, aunque no signifique un segundo examen, si que supone una impugnación que abre una brecha a tal construcción exclusivamente oral del proceso. Y sucede que este recurso de casación está garantizado por el art. 111 de la Constitución.

Así cabe realizar la siguiente pregunta: “¿la justicia de la decisión queda asegurada sólo por la oralidad del juicio en una única instancia (salvo lo realizado por el recurso de casación y de las impugnaciones extraordinarias) o más bien puede obtenerse mejor a través de un procedimiento de nuevo examen?”<sup>79</sup>.

#### *d. Está amparado por la Constitución Italiana*

Si recordamos los nexos que la disciplina del doble grado presenta con los artículos de la Constitución: 24. 2, 107.3 y 125.2, nos encontramos con los siguientes razonamientos:

La apelación<sup>80</sup>, aunque por sí misma no esté garantizada por la Constitución, desempeña un papel destacado en orden a la realización del derecho a la defensa *ex art. 24.2*. Sería inconstitucional un sistema que tras una tutela acelerada y reforzada en el primer grado (con riesgo, p. e., para la efectividad del contradictorio) no hiciese seguir un juicio de pleno control.

El significado constitucional del derecho de acción y de defensa implica una revalorización del doble grado como oportunidad seria para solicitar un nuevo examen, en vistas a una disposición decisoria ade-

essere proprio l'appello ad essere sacrificato per primo..., è in cassazione che di solito si riscontra una grande lentezza del procedimento...nella situazione attuale non è certo l'appello il maggiore responsabile del prolungamento delle liti..” E. T. Liebman, *Il giudizio...o.c.*, 403.

<sup>79</sup> G. Tarzia - A. Cerino-Canova, *Realtà e...o.c.*, 93-4.

<sup>80</sup> Cf. *Ibid.*, 89 y 91.

cuada a la necesidad de tutela de quien ha actuado por segunda vez en el juicio.

El derecho de actuar y de resistir en juicio, según la acepción constitucional, debe exteriorizarse en la pretensión de pedir un nuevo examen de hecho y de derecho para poner al interesado al reparo de errores por los cuales la sentencia de primer grado pueda estar invalidada. Efectivamente, el art. 24 proclama la inviolabilidad del derecho de defensa *in ogni grado*, dando a entender claramente la existencia de una pluralidad de instancias procesales oportunamente preordenadas para hacer valer los derechos individuales.

Conviene recordar<sup>81</sup> que el carácter democrático de un orden jurídico además de caracterizarse por velar para que el comportamiento de los ciudadanos sea conforme con el precepto normativo, debe ir más allá; ha de someter a una continua valoración los actos y las actividades de los titulares de las funciones públicas.

Desde otra perspectiva, Nicotra<sup>82</sup> destaca la importancia de la apelación, como instrumento que hace efectivo el derecho a la defensa, precisamente en la falta de previsión de los vicios que consienten el interponer esta impugnación.

La renovación de la causa por parte del órgano que decide en segunda instancia (siendo el objeto el del primer grado) constituye el efecto devolutivo y sustitutivo que conjuntamente caracteriza la apelación. La valoración de la sentencia del primer grado es libre y permite analizar la llamada injusticia genérica, no circunscrita a tipos particulares de vicios del pronunciamiento. En cambio, el recurso de casación no se puede considerar un grado del proceso, porque no introduce una renovación del primer juicio sino más bien un instrumento de verificación limitado a hipótesis particulares taxativamente prescritas y, por tanto, no realiza la finalidad esencial de un medio establecido para una defensa plena en segunda instancia. Todo esto refuerza la autonomía conceptual de la expresión contenida en el art. 24 que, garantizando la inviolabilidad del derecho de defensa, no se refiere sino a la apelación, por ser el momento en el cual tiene lugar el único control del *in factum*.

Por otra parte, Liebman<sup>83</sup> entiende que el art. 107.3 no rechaza el sistema del doble grado como afirma Pizzorusso<sup>84</sup> (este lo consideraba el soporte de una concepción jerárquica y autoritaria de los tribunales). Si

81 Cf. I. Nicotra Guerrero, *Doppio grado...o.c.*, 135-6.

82 Cf. *Ibid.*, 139-41.

83 Cf. E. T. Liebman, *Il giudizio...o.c.*, 405.

84 Cf. A. Pizzorusso, *Doppio grado... o.c.*, 49.

esto fuese así<sup>85</sup>, el argumento también se podría encauzar hacia la Corte de Casación y con mayor razón si cabe, por ser ésta un órgano único y supremo en el vértice del ordenamiento judicial, el cual juzga y manda sin control alguno. Sin embargo, es la misma Constitución (art. 111.7.8) quien garantiza y amplía la función de la Corte de la Casación.

Aunque es cierto que la apelación convive desde siglos con regímenes de todos los signos políticos, también es cierto que obedecería más a un planteamiento autoritario de la administración de la justicia aquella situación en la que bastase con una decisión cualquiera. Una concepción democrática prefiere alargar la base del juicio y buscar en la bondad de la decisión la razón de su autoridad.

Más aún, con la Constitución la organización piramidal de los oficios judiciales ha perdido todo significado de subordinación jerárquica de los jueces “inferiores” a los “superiores” con la afirmación de que los magistrados se distinguen entre ellos sólo por la diversidad de funciones (art. 107.3) y que los jueces sólo están sujetos a la ley (art. 101. 2).

Finalmente, la misma Constitución italiana plantea una impugnación de carácter apelativo orientada a la competencia de un tribunal superior (cf. art. 125.2), es decir, donde ha concebido una impugnación diferente del recurso de casación la ha forjado con los caracteres propios de la apelación o al menos con la atribución de la competencia a un juez superior<sup>86</sup>.

En consecuencia, de los artículos 125. 2, 103 y 111.3 de la Constitución se deriva<sup>87</sup> que ésta ha pretendido establecer que el reordenamiento de la justicia administrativa se instituya con un juicio de doble grado, seguido por un recurso de casación por los motivos inherentes a la jurisdicción. Si así es en el proceso administrativo ¿por qué el constituyente debería tener razones diferentes para excluir el doble grado del proceso civil?. Por identidad de razón con la garantía dispuesta para el proceso administrativo, piensa Liebman<sup>88</sup>, que se puede considerar implícita e indirectamente sancionado por la Constitución un escudo que protege la apelación civil.

85 Cf. E. Allorio, *Sul doppio grado...o.c.*, 324.

86 La apelación al juez superior no tiene porque justificar necesariamente una relación de jerarquía entre los órganos judiciales. Cf. G. Tarzia - A. Cerino-Canova, *Realtà e...o.c.*, 96-7.

87 Cf. I. Nicotra Guerrera, *Doppio grado...o.c.*, 146-7.

88 Cf. E. T. Liebman, *o.c.*, 408.

## 5. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL

La producción de la doctrina procesalista española en torno al doble grado de jurisdicción no es vasta. Ésta, más que sobre la conveniencia o no del doble grado, se centra en la cuestión de si la apelación es plena o limitada. De hecho cuando se apunta algún argumento favorable o contrario al doble grado se acude principalmente a los procesalistas italianos, cuyos planteamientos ya hemos analizado sistemáticamente en el apartado anterior. Así Gómez Orbaneja<sup>89</sup> se remite a Chiovenda, y Montero Aroca afirma que: “al respecto (esto es, sobre la construcción doctrinal del doble grado) no puede indicarse bibliografía española específica citando por este motivo la italiana”<sup>90</sup>.

Así, en el sistema de apelación plena<sup>91</sup>, la apelación da lugar a un nuevo proceso, en el que el tribunal del recurso realiza un verdadero segundo y nuevo juicio; el material de que puede servirse el tribunal de apelación puede ser distinto del que ha estado en la base de la decisión de primera instancia; y la sentencia efectúa un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no limitándose a declarar la conformidad o disconformidad de la sentencia recurrida con la legalidad. Por tanto, la apelación plena, entendida como renovación del proceso (*novum iudicium*), supone que el tribunal superior, al realizar el examen del tema de fondo y al decidir sobre el mismo, cuenta con todos los materiales de hecho y probatorios con que contó el tribunal de la primera instancia, más aquellos otros materiales que las partes han aportado en el procedimiento de la segunda. Esto es, manteniendo el objeto del proceso, la apelación plena implica permitir a las partes adicionar alegaciones de hechos (siempre que no se modifique la causa de pedir que sirve para identificar el objeto del proceso) y proponer y practicar nuevos medios de prueba, con lo que el tribunal superior puede contar, para tomar su decisión, con elementos de los que no conoció el órgano de la primera instancia.

Por el contrario, estamos ante una apelación limitada<sup>92</sup>, comprendida como revisión del proceso (*revisio prioris instantiae*), cuando el tribunal

89 Cf. E. Gómez Orbaneja – V. Herce Quemada, *Derecho procesal...o.c.*, 158.

90 Cf. J. Montero Aroca – M. Iglesias Cabero – J. M. Marín Correa, *Comentarios a...o.c.*, 1041.

91 Cf. J. Montero Aroca, *El recurso de apelación*, in: *Exposición de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, a cargo de: F. Gutiérrez-Alviz Conradi, Valencia 2001, 281-2.

92 Cf. *Ibid.*, 281.

El art. 460 de la L.E.C limita la solicitud de nuevas pruebas en apelación a los casos expresamente señalados en dicho precepto.



superior ha de basar su examen y decisión en los mismos materiales de que dispuso el órgano inferior, sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o nuevas pruebas (salvo supuestos excepcionales que no desvirtúan lo dicho).

A pesar de esta limitación, la función del tribunal superior<sup>93</sup> no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen que tiene por objeto comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario. Asimismo, el tribunal de apelación puede aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado al utilizado por el juez *a quo*<sup>94</sup>.

Es decir, en el sistema de apelación limitada, el recurso da lugar a una simple *revisio prioris instantiae*, por lo que su fin es controlar la legalidad de la sentencia de primera instancia, atendidos los materiales con los que contó ese juez; dado el fin anterior no cabe admitir nuevos materiales en el recurso, debiendo el tribunal de ése contar con los mismos con que contó el juez de la primera instancia; y, por último, la sentencia del tribunal del recurso debe limitarse a declarar que la sentencia recurrida es conforme o es contraria a derecho, y en este segundo caso a devolver las actuaciones al juez que la dictó para que efectúe un nuevo pronunciamiento.

Esto no obstante, los sistemas de apelación plena y de apelación limitada, no se dan en las diversas legislaciones de modo completo, pues siempre se efectúa una adecuación a la realidad. En el derecho español esa adecuación implica que, a pesar de decirse de él que es un sistema de apelación limitada, el tribunal del recurso no se limita a revisar la decisión del juez de primera instancia, sino que dicta una segunda decisión. Y, en el caso de que la sentencia recurrida sea revocada, el tribunal de la apelación decide sobre el fondo del asunto, sin devolver las actuaciones al juez de la primera instancia.

Por ello, Montero Aroca considera que “estamos, pues, ante una cierta mezcla de los sistemas; estos no se dan de modo puro, pero en ellos sí es manifiesta la preponderancia de uno u otro. Desde esa preponderancia debe admitirse que el sistema español es de apelación limitada”<sup>95</sup>.

93 Cf. L. Prieto-Castro y Ferrándiz, *Tratado de...o.c.*, 413; cf. A. de la Oliva – M. A. Fernández, *Derecho procesal...o.c.*, 536; cf. J. Guasp – P. Aragonese, *Derecho procesal...o.c.*, 577.

94 Cf. M. Villagómez Cebrián, “La prueba, los recursos”, in: *La nueva ley de enjuiciamiento civil III*, Madrid, 2000, 130.

95 J. Montero Aroca, *El recurso...o.c.*, 283-4.

Así, De la Oliva y Fernández subrayan que “según constante jurisprudencia, y salvo que los recurrentes expresamente la limiten, la apelación somete al juez superior la totalidad del litigio (STS 19 marzo 1992); o dicho de otro modo, la apelación asume la plena *cognitio* de la *litis* (STS 15 octubre 1991), de suerte que el tribunal de apelación puede revisar, sin limitación, lo hecho por el juez de primera instancia, salvo expresa acotación del recurrente (STS 9 febrero de 1994)”<sup>96</sup>.

Ahora bien<sup>97</sup>, la apelación produce el efecto denominado devolutivo, en virtud del cual el órgano judicial que conoce del recurso sólo se pronunciará sobre aquello que le es sometido por la parte recurrente, lo que se expresa con el conocido aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*. Aunque el objeto del proceso sea el mismo tanto en la primera como en la segunda instancia, el alcance de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes del órgano *ad quem* para resolver de forma congruente la materia objeto de recurso. El efecto devolutivo es, pues, una manifestación del principio dispositivo que informa el proceso civil y, dentro de él, más concretamente del principio de rogación de parte y del deber de congruencia.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la sentencia 160/1993, de 17 de mayo dice así:

“Este Tribunal ha venido sosteniendo de forma reiterada... que el derecho garantizado en el art. 24.1 de la Constitución consiste en obtener de los órganos judiciales competentes, a través de los procedimientos legalmente establecidos, una resolución fundada en derecho sobre las pretensiones formuladas ante ellos. Pero el derecho a la doble instancia, salvo en materia penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador puede configurar libremente el sistema de recursos, estableciendo los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización”<sup>98</sup>... Esto es, el derecho a la segunda instancia, por sí mismo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela efectiva del art. 24 de la Constitución Española<sup>99</sup>; pero, una vez estable-

96 A. de la Oliva – M. A. Fernández, *Derecho procesal...o.c.*, 534- 535.

97 Cf. M. Villagómez Cebrián, *La prueba, o.c.*, 133.

98 Cf. Sentencia de 17 mayo 1993 (Sala segunda). Recurso de amparo nº 2095/1990. Ponente: don Luis López Guerra. (BOE 21 junio 1993), in: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, II (mayo-septiembre)*, 1ª ed., Pamplona 1993, 186-7.

99 Art. 24.1: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

cido legalmente el recurso –en este caso el de apelación que abre una segunda instancia- queda incorporado al derecho a la tutela.

De este modo<sup>100</sup> y porque así lo ha dispuesto el legislador, en materia civil las sentencias definitivas dictadas en los procesos declarativos ordinarios son susceptibles de pasar por dos grados jurisdiccionales –con excepción de algunos juicios verbales- antes de adquirir firmeza; basta para ello con que cualquiera de las partes a quien la sentencia perjudique apele dentro de plazo<sup>101</sup>.

Así, la nueva L.E.C<sup>102</sup> regula un recurso de apelación que se acomoda a la concepción tradicional de este recurso en nuestro derecho, en el sentido de configurarlo como un mecanismo para obtener la revisión de lo actuado en primera instancia. En esto, la doctrina procesal civil española<sup>103</sup> se muestra casi unánime; basta hacer una cata entre los distintos autores que tratan el tema para constatar lo afirmado:

En nuestro derecho positivo, subraya Prieto-Castro<sup>104</sup>, la apelación es limitada, aunque con ciertas concesiones al *ius novorum*. En ella se trata de ver si, tomando fundamentalmente los materiales de la primera instancia, que ahora se examinan y valoran otra vez, y los posibles nuevos, la sentencia impugnada es acertada o desacertada, justa o injusta.

Así cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de “segunda instancia” se expresa equívocamente aunque, sin embargo, en la práctica tal expresión se halle consagrada para aludir a las dos cogniciones que suelen preceder al recurso de casación.

100 Cf. A. de la Oliva – M. A. Fernández, *Derecho procesal...o.c.*, 534.

101 La nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil* 1/2000, de 7 de enero (BOE n. 7, de 8 de enero) destina un capítulo completo a regular el recurso de apelación: el capítulo III (Del recurso de apelación y de la segunda instancia) del título IV (De los recursos) perteneciente al libro II (De los procesos declarativos), integrado por trece artículos (455-467).

102 Cf. M. Villagómez Cebrián, *La prueba...o.c.*,129.

103 Entre otros: cf. A. de la Oliva – M. A. Fernández, *Derecho procesal civil II, objeto, acto y recursos del proceso civil, el proceso civil de declaración*, 4 ed., Madrid 1997, 531-37; cf. E. Gómez Orbaneja – V. Herce Quemada, *Derecho procesal civil II, juicios especiales –recursos-, jurisdicción voluntaria*, 6 ed., Madrid 1969, 157-161; cf. J. Montero Aroca, *El recurso de apelación*, in: *Exposición de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, a cargo de: F. Gutiérrez - Alvíz Conradi, Valencia 2001, 279-286; cf. J. GUASP – P. Aragonese, *Derecho procesal civil II, procesos especiales y jurisdicción voluntaria*, 4ª ed., Madrid 1998, 575-581; cf. L. Prieto-Castro y Ferrándiz, *Tratado de derecho procesal civil, proceso declarativo, proceso de ejecución*, Pamplona 1982; cf. M. Villagómez Cebrián, *La prueba, los recursos*, in: *La nueva ley de enjuiciamiento civil III*, a cargo de: V. Cortés Domínguez – V. Moreno Catena, Madrid 2000, 123-138.

104 Cf. L. Prieto-Castro y Ferrándiz, *Tratado de...o.c.*,413.

En este mismo sentido apunta Montero Aroca<sup>105</sup>, cuando expone que el recurso de apelación, tal y como ha sido tradicionalmente regulado en el proceso civil español, no daba ni da lugar a una verdadera segunda instancia. En nuestra tradición jurídica no ha existido nunca una doble instancia en sentido estricto y tampoco existe en la actualidad, y ello a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia se refieren con reiteración a segunda instancia. Lo que hemos tenido y tenemos, afirma, es una apelación limitada, no una apelación plena; otra cosa es que en España se siga hablando de segunda instancia, dada la tradición de esta terminología, pero ello siendo conscientes de su sentido limitado.

Por su parte, Saavedra Gallo<sup>106</sup>, subraya que la nueva L.E.C. no ha resuelto de forma correcta el mantenimiento de los tradicionales límites de la apelación. Piensa que no se debió renunciar a ampliar el ámbito objetivo del recurso en línea con las propuestas ofrecidas por el derecho comparado, lo que permitiría romper con la actual dinámica “revisionista” de los tribunales de apelación. Admite que la segunda instancia debería desarrollarse dentro de los perfiles de una apelación limitada, pero la excesiva reducción que ofrece el derecho español termina por anular la función revisora. De hecho, el actual art. 456. 1. determina que ni el *petitum* ni la *causa petendi* (en su vertiente fáctica y jurídica) pueden experimentar el más leve cambio en la apelación.

Es cierto que la prohibición de alegar nuevas pretensiones es común a los dos sistemas de apelación (plena y limitada), y se contempla en los códigos procesales de nuestro entorno jurídico; ahora bien, una cosa son las pretensiones que introducen en el proceso un objeto distinto al debatido en primera instancia y otras aquellas directamente integradas con ese objeto (no son distintas a las formuladas inicialmente aunque experimenten alguna modificación).

“Hasta ahora estaba aceptado por la mayoría de la doctrina que los cambios que a continuación se exponen, no suponían una nueva pretensión: Así, en la calificación jurídica, la doctrina española e italiana estiman que un mero cambio en ésta no implica que estemos ante una nueva pre-

105 Cf. J. Montero Aroca, *o.c.*, 280-2; Cf. J. Montero Aroca - J. L. Gómez Colomer - A. Montón Redondo - S. Barona Vilar, *El nuevo proceso civil, ley 1/2000*, 2 ed., Valencia 2001, 552. Reiterando la idea apuntada encontramos también: “El derecho procesal civil español se ajusta no a la concepción renovadora, sino a la concepción revisora de la apelación, como se observa, entre otros problemas, en el régimen jurídico de la prueba, que se admite en la segunda instancia, pero que tiene, netamente, carácter excepcional”. J. GUASP - P. Aragoneses, *Derecho procesal...o.c.*, 578.

106 Cf. P. Saavedra Gallo, *El recurso de apelación*, in: *Instituciones del nuevo proceso civil, comentarios sistemáticos a la ley 1/2000 II*, a cargo de: J. Alonso-Cuevillas Sayrol, Madrid 2000, 645-683.

tensión. No lo son tampoco los motivos que tengan como finalidad señalar los defectos de la sentencia de primera instancia. Ni ejercitar medios de defensa que puede revisar el órgano jurisdiccional de oficio. Ni restringir el objeto de primera instancia, excluyendo alguna de las pretensiones. Ni por supuesto reproducir sólo alguna de las pretensiones.

La rigidez, sin embargo, que muestra la letra del art. 456. 1 parece excluir alguna de estas variaciones (especialmente la primera)<sup>107</sup>.

Saavedra se inclina pues a interpretar el precepto admitiéndolos a todos pues otra solución supondría situarse en un nivel más restrictivo que la L.E.C de 1881.

Finalmente consideramos conveniente traer a colación las siguientes afirmaciones de Romero Navarro: “Lo que el Tribunal Constitucional ha sentado en su sentencia de 15 de enero de 1996. Considera que en el sistema procesal español la segunda sentencia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una *revisio prioris instantiae*, en la que el tribunal superior tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes, para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*<sup>108</sup> y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*)<sup>109</sup>”.

## 6. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS ITALIANO Y ESPAÑOL

Procedamos ahora a un análisis comparado entre el derecho procesal civil italiano y el español, ajustándonos a los aspectos básicos que adquiere el sistema del doble grado de jurisdicción y con él el instituto de la apelación como su realización práctica. El motivo de esta elección estriba en que es ese punto del derecho procesal civil el objeto de este estudio; descartando así otros ámbitos procesales como el penal, el admi-

107 *Ibid.*, 656.

108 Art. 465. 4 in fine de la L.E.C : “La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”.

109 R. Romero Navarro, *El recurso de apelación (artículos 45 al 467)*, in: *Ley de enjuiciamiento civil, I*, a cargo de: J. Marina Martínez-Pardo – D. Loscertales Fuertes, Madrid 2000, 920.

nistrativo, etc. Aunque, a través de la investigación, pueda aludirse en algunos momentos a éstos ya que la ciencia jurídica posee, no obstante ciertas aporías, una coherencia interna que le lleva a remitir el estudio de una cuestión concreta a todos sus dominios.

Tras el estudio detenido del doble grado de jurisdicción en los ordenamientos procesales civiles italiano y español, se desprenden tres caracteres esenciales y comunes:

- El nuevo examen por un segundo tribunal está siempre ligado a la iniciativa de los titulares de la acción.
- Los grados de los tribunales están ligados a una carrera judicial. La causa la examina un juez superior desde el punto de vista técnico y orgánico.
- La segunda sentencia, tanto si confirma como si reforma, sustituye siempre la primera, pues se supone que responde mejor a la justicia.

Por otra parte, respecto a los fundamentos del doble grado (que se desarrolla básicamente en el proceso civil italiano), más que asumir los argumentos favorables o los contrarios, pensamos que es más fructífero, en orden a posibles aplicaciones en la reflexión canónica sobre la doble sentencia conforme, quedarse con las siguientes constataciones que se derivan de aquellos:

- En ambas posiciones encontramos la preocupación por revalorizar el papel del tribunal de primer grado, manifestándose además que la jerarquía entre tribunales no debe entenderse en el sentido de un sistema autoritariamente jerárquico sino como la necesaria distribución de funciones que ha de darse entre los distintos órganos del poder judicial.
- También es significativa la preocupación auténtica para que los ciudadanos obtengan de los tribunales, sin dilaciones indebidas, en las controversias que les presentan, la tan anhelada justicia. Así tanto las numerosas propuestas para la abolición del doble grado, como las que propugnan su reforma con el objetivo de agilizar su tramitación, responden a esta justa, y a veces, angustiosa inquietud.
- Se desea dar la oportunidad de poder reclamar contra una decisión considerada injusta, por no ajustarse a la verdad de los hechos, ya a través de un segundo grado, ya mediante un recurso que sin ir propiamente a un segundo grado permita tal objetivo; vinculado, todo ello, al derecho constitucional que todo ciudadano tiene a la defensa.

- Se observa finalmente en ambas posturas, que esta garantía de justicia se pone en juego cada vez que se abandona la perspectiva de la certeza, o dicho de otro modo, la necesidad de lograr la cosa juzgada<sup>110</sup>.

Por último cabe afirmar que en los ordenamientos procesales estatales, aún acogiendo el *favor veritatis*, se da mayor espacio y fuerza al principio de la certeza del derecho. ¿Qué ocurre en el ordenamiento canónico?

## 7. EL PRINCIPIO PROCESAL CANÓNICO DE LA DOBLE SENTENCIA CONFORME, EXIGENCIA DEL FAVOR VERITATIS

En el ordenamiento procesal canónico, cada vez que la disciplina de un instituto jurídico debe ser establecida resolviendo un conflicto entre certeza y justicia, éste se resuelve, distanciándose en ello notablemente de los ordenamientos civiles del siguiente modo: La certeza del derecho cede el paso al principio del *favor veritatis*, especialmente en las causas sobre el estado de las personas.

### 7.1. El favor veritatis

En la dialéctica entre el bien público y el bien privado<sup>111</sup>, que constantemente recorre el ordenamiento canónico, no pueden ser nunca olvidados o suprimidos los derechos inherentes al estado personal del fiel cristiano, el cual tiene derecho, entre otros, a un acto de justicia, correspondiendo a los órganos de la Iglesia realizar este acto de justicia en la verdad y sentenciar según la verdad.

110 Siguiendo una conocida clasificación doctrinal, la nueva L.E.C distingue entre “cosa juzgada formal” (art. 207) y “cosa juzgada material” (art. 222). Con la primera se designa un efecto de todas las resoluciones judiciales inherente a su firmeza o inimpugnabilidad, de tal modo que cuando no se interpone el recurso en los plazos previstos la resolución ya no podrá ser revocada y como dice el art. 207. 4, el tribunal debe estar a lo dispuesto en ella, es decir, tendrá que ser efectiva. La “cosa juzgada material”, en cambio, es el efecto que el ordenamiento jurídico concede a la sentencia consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular en otros procesos a cualesquiera órganos jurisdiccionales. Cf. M. Villagómez Cebrián, *La prueba...o.c.*,135; cf. A. de la Oliva, *Sobre la cosa juzgada*, Madrid 1991, 22-3.

111 Cf. E. Turnaturi, *Verità ed esecutività della sentenza dopo una duplice decisione conforme*, in: AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, (Studi giuridici, n. XLVI), Città del Vaticano 1997 81.

La aspiración a obtener justicia se siente particularmente en los casos en los que el pronunciamiento del juez incide profundamente sobre la vida espiritual de los sujetos, sobre las reglas fundamentales de comportamiento moral de los mismos y, en definitiva, sobre el fin último de la *salus animarum* que está presente en toda la dimensión jurídica de la Iglesia<sup>112</sup>.

La verdad exige<sup>113</sup> una conformidad entre realidad efectiva y pronunciamiento judicial, o más genéricamente, entre sustancia y forma jurídica; verdad que debe ser perseguida incluso en perjuicio de ciertas exigencias de certeza del derecho, de estabilidad y de tutela de las situaciones adquiridas. En virtud de tal exigencia, el ordenamiento canónico no teme, por ejemplo, permitir el inicio de una causa de nulidad matrimonial incluso a distancia de muchos años de su celebración; no teme poner en discusión una constatación judicial aunque presente todos los visos de legalidad y haya sido reconocida idónea para producir los efectos jurídicos que le son propios.

Por eso, en el derecho canónico<sup>114</sup>, aunque se quiera evitar las tardanzas del derecho antiguo y aún adhiriéndose a las exigencias de una más solícita composición de las controversias, no se ha creído oportuno seguir los ordenamientos estatales en la afirmación del doble grado de jurisdicción, y establece en cambio que la cosa juzgada formal se consigue, ordinariamente, mediante una doble sentencia conforme.

## 7.2. *La doble sentencia conforme, exigencia del favor veritatis*

### *a. Veritas est basis, fundamentum seu mater iustitiae*

En el fondo, el derecho canónico ha usado una regla normal de la experiencia, la cual enseña que si un mismo juicio es formulado por per-

112 "L'ordinamento canonico dà particolare risalto alla responsabilità personale del giudice, alla sua coscienza di uomo consapevole di esercitare una delicata missione al servizio dei fedeli. Non bisogna infatti dimenticare la connotazione pastorale che assume il ministero del giudice ecclesiastico: nel rendere giustizia egli adempie la funzione del buon pastore che consola chi è colpito, guida chi ha errato, riconosce i diritti di colui che è stato lesa, calunniato o ingiustamente umiliato". P. Moneta, Sentenza canonica, in: Enciclopedia del Diritto (Giuffrè editore), vol. XLI, Milano 1989, 1337.

113 Cf. ID., *La nuova trattazione della causa matrimoniale*, in: *IE* 3, 1991, 480; cf. J. Llobell, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in: *DE* 109, 1998, 766.

114 Para un estudio más exhaustivo de la relación dialéctica entre verdad y justicia que caracteriza el proceso canónico, cf. P. A. Bonnet, *Il principio della duplice decisione giudiziaria conforme ed il suo fondamento*, in: AA. VV., *La doppia conforme nel processo matrimoniale, problemi e prospettive* (*Studi giuridici*, n. LX), Città del Vaticano 2003, 79-96.



sonas diversas, la probabilidad de su injusticia disminuye en proporción directa al número de aquellos que lo han pronunciado, salvada naturalmente la necesidad de limitar razonablemente el número de las repeticiones del mismo juicio. Así, el derecho canónico interrumpe las repeticiones del juicio cuando se consigue una doble sentencia conforme, ya que entonces se pueden dar garantías seguras de justicia.

En el sistema procesal canónico nos encontramos tanto con la cosa juzgada formal como con la material (cc. 1641 y 1642)<sup>115</sup>; sin embargo, las causas sobre el estado de las personas<sup>116</sup> (y son la práctica totalidad de las que discurren en los tribunales eclesiásticos), incluso las de separación de cónyuges, nunca pasan a cosa juzgada, es decir, en estas causas no existe la llamada cosa juzgada material (c. 1643) dado que la finalidad última del proceso es siempre la obtención de la verdad real<sup>117</sup>.

Esta inexistencia de cosa juzgada material se atenúa, en cambio, por la eficacia de una verdadera cosa juzgada formal. Esta cosa juzgada formal tiene lugar después de dos decisiones conformes (c. 1644), sean estas positivas o negativas. Por consiguiente, en el derecho canónico la función de las impugnaciones no es tanto la de constituir un simple remedio contra la injusticia de la sentencia sino que es más bien un medio de verificar la justicia de la misma sentencia. Las impugnaciones no se orientan a la reforma sino a la confirmación de la sentencia, es decir, añadir a una sentencia precedente otra que, decidiendo la controversia en el mismo modo en el cual ya había sido decidida, pueda asegurar que la decisión misma es justa<sup>118</sup>. Y sabemos que la *veritas est basis, fundamentum seu mater iustitiae*<sup>119</sup>.

115 Cf. C. de Diego-Lora, *Eficacia de cosa juzgada y nueva "propositio"*, in: J. Manzanares (ed.), *Cuestiones básicas de derecho procesal canónico*, Salamanca 1993, 181-3.

116 El concepto de *status personarum* se entiende generalmente por la doctrina en un sentido más bien amplio. Este abarca la condición fundamental del fiel cristiano con las eventuales especificaciones (clérigo o religioso), esto es, los estados más profundamente personales, como aquellos que se derivan del matrimonio (comprendida la separación entre los cónyuges), del orden sagrado, de la relación de filiación y del estado de ciudadanía. Cf. M. Lega- V. Bartocetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici III*, Romae 1941, 6ss.

117 En el curso del año judicial de la Rota Romana 1994-1995 se han dictado 97 sentencias de mérito todas concernientes a causas de nulidad matrimonial. AA. VV. *L'attività della Santa Sede nel 1995*, Città del Vaticano 1996, 865.

118 Cf. A. Vitale, *Sulla conformità ...o.c.*, 438-439.

119 Esta expresión tiene su origen en el axioma canónico: *Veritas est basis, fundamentum seu mater iustitiae*: Cf. A. Barbosa, *De axiomatibus iuris usufrequentioribus, Axioma 224, Veritas, n.5*, in *Tractatus Varii*, Lugduni 1678, 136.

*b. Veritas suppone certezza moral*

El principio de la doble decisión conforme en cuanto causa la cosa juzgada formal, dado que impide la interposición de una simple apelación después de dos sentencias conformes<sup>120</sup>, refleja, de este modo, el particular equilibrio que se establece, en la esfera canónica, entre la certeza y la exigencia de verdad real. Pero ¿qué tipo de certeza?

– Certeza como concepto filosófico

¿Podemos conocer la verdad o realidad externa a nosotros mismos? Esta es una pregunta justificada<sup>121</sup> por la constatación de que muchas veces nos equivocamos; hasta el punto que podría concluirse que jamás podemos estar ciertos de no equivocarnos, que jamás podemos tener conocimiento cierto alguno. Esto no obstante, bastaría para desechar esta conclusión, el que otras muchas veces podemos acertar, con lo cual ya no se puede sostener que tal vez nos equivoquemos siempre al tratar de conocer las realidades externas a nosotros mismos.

Cada uno de nosotros tiene algunos conocimientos sobre nuestra propia realidad que se fundan en constataciones y por eso son conocimientos inmediatos. Otra cosa será que no quepa la posibilidad de que esos conocimientos y esas sensaciones estén equivocadas.

Los conocimientos de la realidad externa a nosotros mismos de ordinario los obtenemos mediante la demostración que de suyo tiene un valor inferior al de la constatación. Todas las verdades científicas del hombre tienen un carácter aproximado y no definitivo. La ciencia viene descubriendo que las verdades de ayer son superadas por las de hoy. Se puede deducir un principio general de que los conocimientos científicos, como todo conocimiento de pura razón, son conocimientos que sólo probablemente se acercan a la realidad; la inducción-deducción sólo pueden producir conocimientos probables. Claro que esa certeza de la ciencia y de la razón aunque relativa y probable y aproximada puede ser suficiente.

En cambio nuestra ciencia jurídica evoluciona poco. Nuestras normas legales, que en esa ciencia se fundamentan, prácticamente son intocables. Ha de pasar mucho tiempo de conflicto de las mismas con la vida para que sean derogadas.

120 Cf. M. J. Arroba Conde, *Verità e principio...o.c.*, 62-3.

121 Cf. G. Blandino, *La natura probabilistica e approssimata della conoscenza scientifica sperimentale*, in: *La Civiltà Cattolica* 128,1977-III, quaderni 3049-3054, quaderno 3050 (16 luglio 1977), 140.

Pero donde los jueces<sup>122</sup> disponen de un margen verdaderamente sustancioso de libertad es en la apreciación de la existencia, del significado, del alcance, del valor judicial de los hechos alegados en el proceso. Y en esta tarea es donde verdaderamente juega un papel importante el mecanismo de la presunción llamada “de hombre” y, en consecuencia, el conocimiento probable. En torno a la probabilidad giran gran parte de las decisiones judiciales así como de las acciones de cada día y de cada momento.

El concepto de probabilidad es filosófico<sup>123</sup> y a ella se llega en cada caso a través de procedimientos, como la inducción y la deducción, que son también filosóficos. Importa, pues, aclarar el concepto de la probabilidad filosófica en su relación con la certeza moral práctica. La probabilidad es, por de pronto, una pura abstracción matemática. Normalmente lo que sobrepasa de un determinado grado de probabilidad que suele ser de un noventa y cinco por ciento de probabilidades, se llama suma o máxima probabilidad. Esta es la que en la vida práctica y concretamente en la vida procesal llamamos certeza moral práctica o prudencial porque es suficiente para que procedamos con prudencia en los asuntos de la vida práctica y de la vida procesal.

La razón por la cual nuestros conocimientos de los hechos de la vida son sólo probables, radica en que no podemos estar nunca seguros de haber individuado y expresado todos los factores que pueden influir, de modo positivo o negativo, sobre un suceso determinado. Las verdades de origen lógico o de orden matemático poseen un grado mayor de claridad que las verdades que son expresión más genuina, si cabe decirlo, de la actividad del espíritu; pero aquellas son menos susceptibles de profundización que éstas. Además aunque la probabilidad con que conocemos un hecho, si ha de ser válida, tiene que basarse en motivaciones objetivas, ese mismo conocimiento y valoración del hecho depende en gran parte, del factor subjetivo de quien se acerca al mismo.

La certeza se define como asentimiento firme a la verdad ontológica, pero asentir es emitir un juicio que afirma o niega algo; por eso únicamente el juicio puede ser cierto y en cuanto se acomoda a la verdad objetiva de aquello que afirma puede llamarse verdadero. Todo esto es aplicable a la sentencia judicial que incluye siempre un verdadero juicio.

122 Cf. J. J., García Faílde, *Nuevo derecho...o.c.*, 12-7.

123 Cf. *Ibid.*, 18-21.

– Certeza en el derecho canónico

El concepto de certeza del derecho en el ámbito canónico<sup>124</sup> no es el mismo que el del ordenamiento estatal. La nuestra es más bien una certeza de orden moral que se puede tener en el momento en el que se pronuncia la sentencia y la subsiguiente decisión de ratificación, permaneciendo siempre abierta, en cambio, la posibilidad de una vuelta a examinar la causa cuando concurren los extremos establecidos por la ley.

La verdad es siempre un concepto análogo. Así, en los pronunciamientos judiciales, la verdad se atribuye a la adecuación entre las valoraciones del juez y la realidad a evaluar, realidad adquirida a través de las pruebas producidas en contradictorio. La correspondencia entre las aserciones de la sentencia y la realidad de los hechos no es sin embargo absoluta, en cuanto está condicionada por la naturaleza racional y no empírica de la verificación de las pruebas<sup>125</sup>. En las causas de nulidad matrimonial, los hechos, objeto de la prueba, hacen referencia a dimensiones que en gran medida están insertas en la esfera subjetiva de los cónyuges: pensamientos, convicciones, estados de ánimo... Por eso, la relación entre la reconstrucción de los hechos efectuada en la sentencia y la realidad ontológica se pone siempre en términos de certeza moral.

Ciertamente la naturaleza interpersonal del matrimonio y del mismo instrumento procesal, puede favorecer la reconstrucción verdadera de los hechos. Además, el riesgo de condicionamientos subjetivos se atenúa por la presencia del defensor del vínculo como verdadero contradictor de la petición de nulidad<sup>126</sup>. Posteriores garantías provienen de los poderes instructores concedidos al juez en vía supletoria (c. 1452.2)<sup>127</sup>.

La certeza moral, en el lado positivo, está caracterizada por aquello que excluye toda fundada y razonable duda y así considerada se distingue esencialmente de la cuasi-certeza o probabilidad; en el lado negativo, deja subsistir la posibilidad absoluta del contrario y con ello se dife-

124 Cf. E. Turnaturi, *Verità ed...o.c.*, 80-1.

125 Sobre la finalidad de la prueba como verificación racional de los hechos, cf. M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, 3 ed., Roma 1996, 367-9.

126 “Al defensor del vínculo le corresponde sostener y defender la existencia y la validez del vínculo matrimonial pero con subordinación a la finalidad del proceso que es buscar entre todos la verdad objetiva que puede consistir tanto en la nulidad del matrimonio como en la no nulidad del mismo matrimonio; por eso el c. 1432 le recuerda al defensor del vínculo el deber de aducir todo y sólo lo que razonablemente puede ser aducido en defensa del vínculo; lo cual quiere decir que no puede falsear la realidad, inventar pruebas infundadas, forzar interpretaciones artificiosas, sacar de quicio el sentido natural de las palabras, obstruir sistemáticamente lo que pueda favorecer la nulidad del matrimonio”. J. J. GARCÍA FAÍLDE, *Nuevo derecho...o.c.*, 14.

127 Cf. M. J. Arroba Conde, *Verità e principio...o.c.*, 68-9.

rencia de la certeza absoluta. La certeza de la que hablamos<sup>128</sup> es la necesaria y suficiente para pronunciar una sentencia, aunque en un caso particular fuera posible conseguir por vía directa o indirecta una certeza absoluta.

Debemos destacar además que la certeza moral es judicial, esto es, ha de ser alcanzada por la persona o por las personas que deben juzgar el caso en la sentencia<sup>129</sup>.

Sin embargo, como acertadamente nos advierte De Diego-Lora: "...la Justicia en el Derecho de la Iglesia se hace observar mediante la sentencia, gracias a la aplicación de la ley canónica, una vez que el juez o tribunal adquiere la certeza moral sirviéndose de lo alegado y probado en autos; pero a su vez no cabe concebir que ese logro de la justicia del caso concreto se alcance de modo satisfactorio si no va acompañada de una estabilidad que merezca el respeto de los propios justiciables y ofrezca a la sociedad las garantías de la verdad que se alcanza"<sup>130</sup>.

### *c. Veritas responde, además, al favor matrimonii*

Por otro lado, no podemos olvidar que *matrimonium gaudet favor iuris* (c. 1060), por eso, conviene llegados a este punto, ver la incidencia del *favor matrimonii* en el principio procesal que estamos analizando.

El c. 1684 no habla, de hecho, de la ejecutividad de la sentencia matrimonial canónica, sino que sólo establece que, pronunciada la segunda sentencia declarativa de la nulidad del matrimonio o realizado el decreto de confirmación de la primera sentencia afirmativa<sup>131</sup> (hecho en primera instancia o en otra como si fuese la primera instancia), las partes pueden contraer nuevo matrimonio después que tal decisión (sentencia o decreto) les haya sido notificada de conformidad con el c. 1509.

Si se considera la norma sobre la necesaria doble decisión conforme<sup>132</sup> como presupuesto para la ejecutividad de las decisiones afirmativas, es decir, las que reconocen la nulidad del vínculo matrimonial, per-

128 Cf. Pío XII, *Discurso a la Rota Romana*, 3.10.1941, in: *AAS* 33, 1941, n.2; ID., *Discurso a la Rota Romana*, 1.10.1942, in: *AAS* 34, 1942, n.1.

129 Cf. J. Llobell, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in: *DE* 109, 1998, 767.

130 C. de Diego-Lora, *Eficacia de...o.c.*, 209.

131 Las normas que consienten la ratificación por decreto de la primera sentencia afirmativa han reforzado igualmente la presunción general de conformidad entre los pronunciamientos judiciales (en este caso, de primer grado) y la verdad real, cf. M. J. Arroba Conde, *Verità e principio...o.c.*, 67.

132 Cf. *Ibid.*, 64.

mitiendo así la posibilidad de contraer nuevas nupcias, no se puede decir con tanta evidencia que tal principio de la doble decisión sea reflejo de la incidencia del principio del *favor veritatis*; sino más bien respondería al principio del *favor matrimonii* y no, al menos no directamente, al principio del *favor veritatis*.

Pero, si recordamos que el principio del *favor matrimonii* ha sido siempre definido en términos bien precisos: *hic est matrimonii favor: irritum dissolvere ac validum tuere*<sup>133</sup>, resulta que en su acepción más exacta, el principio del *favor matrimonii* resulta idéntico e inseparable del *favor veritatis*, en cuanto se predica la indisolubilidad del matrimonio verdadero y no del matrimonio aparente.

Al respecto escribe Grochowski, que “la búsqueda de la verdad objetiva tiene una importancia del todo particular en las causas de nulidad matrimonial, que constituyen la casi totalidad de la acción de los tribunales eclesiásticos locales. De hecho la sentencia del juez en esta materia no es constitutiva, sino sólo declarativa. En otras palabras, no depende del juez el que un matrimonio sea nulo o válido. Él debe sólo descubrir tal realidad y declararla”<sup>134</sup>.

Esto se cumple más si cabe, si tenemos cuenta que la exigencia legal según la cual la sentencia debe fundarse *ex actis et probatis* (c. 1608.2), implica primariamente la necesidad de adecuar la realidad jurídico formal con la realidad objetiva, con la verdad histórica y ontológica<sup>135</sup>.

#### 8. IMPORTANCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LA OBTENCIÓN DE LA VERITAS

Si la verdad es la base, el fundamento o la madre de la justicia, y la función que tiene la impugnación de una sentencia es verificar la justicia de la misma; si esta comprobación de la adecuación de la verdad procesal con la real que supone la adopción de la doble sentencia conforme no tuviese un límite (doble) que diese a las partes seguridad (pues un juez no debe dar un pronunciamiento decisorio sin certeza moral); si esa doble decisión conforme cuando es afirmativa, es presupuesto de la ejecución de la sentencia en orden a posibilitar que se puedan contraer nue-

133 Cf. T. Sánchez, *De sancto matrimonii sacramento*, Venetiis 1685, lib. 7, disp. 100, n. 14.

134 Z. Grochowski, *Le esigenze della verità nell'amministrazione della giustizia*, in: *ME* 121, 1996, 399, n.4.

135 Cf. J. Llobell, *La genesi della sentenza canonica*, in: AA. VV., *Il processo matrimoniale canonico*, a cura di P. A. Bonet- C. Gullo (*Studi giuridici*, n. XXIX), Città del Vaticano, 1994, 700.

vas nupcias (favor *matrimonii*); entonces podemos comprender cuán importante es la labor que desempeña, sobre todo, el segundo tribunal que ligado, como el primero, al *favor veritatis* debe determinar con la mayor objetividad posible y a través de una sentencia o decreto, la conformidad o no de su decisión con la sentencia declarativa de la nulidad del matrimonio emitida por el primer tribunal.

Considerando la importancia comunitaria de las causas matrimoniales, el legislador ha querido superar el riesgo de la subjetividad, no sólo con relación a las partes<sup>136</sup>, sino también respecto al mismo juez. Por eso pide la doble constatación de los hechos.

Así el segundo proceso<sup>137</sup>, que podría ser puesto en marcha sin la impugnación (c. 1682.1) no es tanto garantía de justicia para las partes como una garantía del resultado justo de la sentencia para la comunidad eclesial. El automatismo del segundo proceso implica que la presunción de verdad no depende ya de la fuerza intrínseca del método contradictorio sino simplemente de la doble verificación obligatoria por obra del segundo tribunal. El descubrimiento de la verdad en segundo grado no goza de otras garantías que aquellas obvias que se derivan de haber ampliado, con la repetición de la verificación, la objetividad del primer juicio, limitando lo más posible el riesgo de la subjetividad en las valoraciones del primer colegio judicial<sup>138</sup>.

La función del segundo proceso en cuanto al descubrimiento de la verdad no es juzgar el texto de la decisión, su perfección o imperfección técnica, sino controlar la objetividad de su fundamento, el logro de la certeza moral. La remisión de la causa a un ordinario examen supone un juicio sobre la insuficiente objetividad de la primera decisión; insuficiencia que el colegio judicial puede encontrar no obstante la presunción de verdad que el ordenamiento acuerda para la primera sentencia<sup>139</sup>. En realidad<sup>140</sup> serán estos límites de objetividad encontrados los que constituyan el obstáculo que ha impedido la necesaria certeza moral para la confirmación de la sentencia. A ningún juez le es lícito pronunciar una sentencia a favor de la nulidad de un matrimonio, si no ha adquirido antes la

136 *Sotto l'aspetto formale non può esistere sentenza fondata sulla verità senza che essa sia stata preceduta da un rituale e valido contraddittorio per garantire alle parti il sacrosanto diritto di difesa, con l'osservanza cioè scrupolosa di quanto prescrivono i canoni 1598-1600.* E. Turnaturi, *Verità ed...o.c.*, 91.

137 Cf. M. J. Arroba Conde, *Verità principio o.c.*, 69-70.

138 Esto explica también la exclusión del requisito de la doble sentencia conforme en los procesos documentales.

139 Ya que no es una presunción plena, las motivaciones del decreto de remisión a un examen ordinario no pueden ser a su vez subjetivos y genéricos.

140 Cf. *Ibid.*, 71-2.

certeza moral sobre la existencia de la misma nulidad. No basta, como hemos visto más arriba, la sola probabilidad para decidir una causa.

Resumiendo y con palabras de Juan Pablo II, en todos los procesos canónicos, “la verdad debe ser, desde el inicio hasta la sentencia, fundamento, madre y ley de la justicia, vinculante sea para el juez, ligado por la verdad, que trata de buscar con empeño, humildad y caridad; sea para aquellos que se dirigen a la Iglesia angustiados por situaciones dolorosas y sobre todo por la duda acerca de la existencia o no de aquella realidad dinámica y que compromete toda la personalidad de dos seres, que es el vínculo matrimonial”<sup>141</sup>.

Por eso, esta insistencia de la ley<sup>142</sup> sobre el control de la objetividad de la decisión judicial por obra del tribunal de apelación, lleva a tratar una cuestión en la cual la incidencia de la subjetividad de los jueces, especialmente en el segundo grado, podría tener un peculiar ámbito de expresión: el significado mismo del concepto de conformidad de las decisiones.

Debe recordarse que fue la Constitución *Dei Miseratione*<sup>143</sup> de 1741 del pontífice Benedicto XIV la que introdujo tal instituto procesal con el fin de evitar los graves abusos que, en aquella época, se verificaban por la irresponsable facilidad y la excesiva precipitación con la que los jueces, después de un superficial o inconsistente examen de lo practicado en el proceso, declaraban la nulidad del matrimonio. La sentencia de estos jueces, aunque manifiestamente errónea, quedaban a menudo sin ningún examen por parte del tribunal de apelación (convirtiéndose así en definitivas y produciendo sus efectos), sea porque las partes estaban de acuerdo al pedir la nulidad y por tanto ninguna de ellas tenía interés alguno en apelar, sea porque a menudo también la parte que se declaraba en defensa del vínculo, por desinterés, falta de disponibilidad financiera u otra razón, renunciaba a proseguir la causa<sup>144</sup>.

El Papa Benedicto XIV estableció entonces que en los procesos matrimoniales debía intervenir un órgano público, el *defensor matrimo-*

141 Juan Pablo II, *Discurso a la Rota Romana*, 4.2.1980, in: AAS 72, 1980, 172.

142 Cf. M. J. Arroba Conde, *Verità e principio...o.c.*, 72.

143 Cf. Benedicto XIV, const., *Dei Miseratione*, 3.11.1741, in: *Codicis Iuris Canonici Fontes*, cura P. Gasparri editi, vol. I, Romae 1926, 695-701. Para un estudio exhaustivo sobre el contexto histórico de la constitución, cf. C. Fantappiè, *La duplice sentenza conforme: biografia di una norma nel quadro della legislazione matrimoniale*, in: AA. VV., *La doppia conforme nel processo matrimoniale, problemi e prospettive* (*Studi giuridici*, n. LX), Città del Vaticano, 2003, 19-55.

144 Cf. P. Moneta, voz *Sentenza canonica*, in: *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè editore), vol. XLI, Milano 1989, 1341.



ni<sup>145</sup>, con el deber específico de hacer valer las razones que defiendan la validez del matrimonio (garantizando, de tal modo, la formación de un efectivo contradictorio también en el caso de acuerdo entre las partes en la petición de nulidad)<sup>146</sup>. A tal órgano fue prescrito, en particular, la obligación de apelar las sentencias que hubieran, por vez primera, declarado la nulidad del matrimonio, provocando así, en todo caso, su nuevo examen por parte del tribunal de apelación.

Así, Benedicto XIV introdujo el principio de la doble sentencia conforme en las causas matrimoniales eclesiásticas decretando: *“Instructo autem in hunc modum iudicio, si secunda Sententia alteri conformis fuerit, et ab ea Pars, vel Defensor pro sua conscientia non crederit appellandum, vel appellationem interpositam prosequendam minime censuerit: in potestate, et arbitrio Coniugum sit novas nuptias contrahere; dummodo alicui eorum, ob aliquod impedimentum, vel legitimam causam id vetitum non sit”*<sup>147</sup>.

Principio que todavía hoy está recogido en el Código de 1983, en los cánones 1682 y siguientes. Es más, al menos hasta la *Dignitas Connubii*<sup>148</sup>, estaba abierta la discusión sobre si estamos hablando de conformidad formal o de conformidad sustancial o equivalente.

Nuestra posición, en principio, se inclina más a sostener la tesis de la conformidad equivalente o sustancial<sup>149</sup>. Es decir, se tiene la conformidad de dos sentencias cuando se da una identidad de hechos jurídicos en ambas (hechos que las partes presentan y que prueban la nulidad) aunque los capítulos de nulidad sean diferentes<sup>150</sup>.

145 “..constituimus, decernimus, ac iubemus, ut ab omnibus, et singulis Locorum Ordinariis in suis respective Dioecibus persona aliqua idonea eligatur, et si fieri potest ex Ecclesiastico coetu, iuris scientia pariter, et vitae probitate praedita, quae Matrimoniorum Defensor nominabitur...” Benedicto XIV, o.c., n. 5, 697.

146 “Ad officium autem Defensoris Matrimoniorum huiusmodi, ut supra electi, spectabit, in iudicium venire, quotiescumque contigerit, matrimoniales causas super validitate, vel nullitate coram legitimo Iudice disceptari, eumque oportebit in quolibet actu iudiciali citari, adesse examini testium, voce et scriptis Matrimonii validitatem tueri, eaque omnia deducere, quae ad Matrimonium sustinendum necessaria censebit”. *Ibid.*, n. 6, 697.

147 *Ibid.*, n. 11, 699; cf. S. C. Sancti Officii, instr., *Quemadmodum matrimonii*, in: *Codici Iuris Canonici Fontes*, cura P. GASPARRI editi, vol. Iv, Romae 1926, pars I, tit. V, n. 30, 400.

148 Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, *Dignitas Connubii. Instrucción que deben observar los Tribunales diocesanos e interdiocesanos al tratar las causas de nulidad de matrimonio*, de 25 de enero de 2005, Città del Vaticano 2005.

149 Cf. J. F. Castelló Colomer, *La doble sentencia conforme: ¿Conformidad equivalente o conformidad formal?, Excerptum thesios ad Doctoratum in Iure Canonico*, Roma 2003, donde estudio detenidamente la legislación, jurisprudencia y doctrina canónica al respecto.

150 En contra, cf. J.L. López Zubillaga, *La conformidad de decisiones en el código de 1983*, in: REDC 59, 2002, 649-703. *A favor*, a partir de 2003, el procesalista canónico Llobell: “La giurisprudenza rotale maggioritaria ha introdotto il concetto di conformitas aequipollens fra due sentenze pro nullitate matrimonii per capi formalmente diversi, ma sostanzialmente conformi e fondati

Por su parte, la “*Dignitas Connubii*” afirma lo siguiente:

“1. Dos sentencias o decisiones se dicen formalmente conformes si se han dictado entre las mismas partes, sobre la nulidad del mismo matrimonio y por el mismo capítulo de nulidad, así como por los mismos motivos de derecho y de hecho (cf. can. 1641, n.1).

2. Se consideran equivalentemente, es decir, sustancialmente conformes las decisiones que, si bien indican o determinan el capítulo de nulidad bajo distinta denominación, se basan sin embargo en los mismos hechos que han causado la nulidad del matrimonio y en las mismas pruebas”<sup>151</sup>.

En consecuencia, esta Instrucción, manteniendo la doble sentencia, recoge la conformidad sustancial siempre que la decisión se fundamente en los mismos hechos y en las mismas pruebas, lo que supondrá, a mi parecer, que no podrán ampliarse las pruebas o los hechos, pues si los hechos y las pruebas no son los mismos no cabe aplicar la conformidad sustancial.

José Francisco Castelló Colomer

Defensor del Vínculo del Tribunal Eclesiástico de Valencia

Profesor de la Facultad de Teología de Valencia

*sulle medesime prove. Tale sistema sembra rispondere all'aequitas canonica e contribuisce in modo incisivo a giungere alla definitività della vertenza giudiziaria. Tuttavia, appare opportuno affermare la priorità della realtà sulle categorie legali. Infatti, ciò che interessa in definitiva è la conformità reale tra le sentenze, giacché il positivismo nella concezione della diversità dei capi di nullità, che tende ad escludere questa ragionevole soluzione, accomuna sia molti “ricercatori di nuovi capi” sia alcuni vigili difensori del sistema legale attuale, fra cui mi travavo anni dietro” J. Llobell, *La doppia conforme nel processo matrimoniale, problemi e prospettive* (Studi giuridici, n. LX), Città del Vaticano, 2003, 115-6.*

151 Art. 291. 1 y 2.