

CAPÍTULO III
TEORÍA DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Concepto
2. Caracteres
3. Principios procesales

Capítulo III

TEORIA DE LA SEGUNDA INSTANCIA

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Caracteres. 3. Principios procesales. 3.1. Principios básicos. 3.1.1. Principio de contradicción. 3.1.2. De congruencia. 3.1.3. De disposición. 3.1.4. De formalismo. 3.1.5. De moralidad. 3.1.6. De preclusión. 3.2. Principios contingentes. 3.2.1. De eventualidad. 3.2.2. De economía. 3.2.3. De inmediación. 3.2.4. De concentración. 3.2.5. De escritura. 3.2.6. De publicidad.

1. CONCEPTO

Morel, en sus tantas veces citada —por nuestros procesalistas— segunda edición de su *Traité élémentaire*, decía que la doble instancia implica una jerarquía administrativa que se traduce en la facultad de examinar *ex novo* la cuestión litigiosa en cuanto fuere materia de recurso.

La definición, que cuadró a los regímenes procesales imperantes a mediados del siglo pasado, devino obsoleta para los instituidos en la primera mitad de éste.

Hoy, en alguna medida, está recobrando vigencia.

Este movimiento de sístole y diástole se desarrolla, por lo tanto, en tres etapas:

Una primera, representada por algunos códigos de Europa continental (francés, austríaco, alemán e italiano de 1865) en los que el trámite de alzada equivalía a un nuevo juicio completo: el recurso era a la segunda instancia, lo que la demanda es a la primera. Al apelar, las partes provocaban la posibilidad de una revisión total, como si nada se hubiera hecho anteriormente. Chiovenda, a tono con el criterio legislativo de la época, sostenía que el conocimiento del segundo juez en realidad tiene por objeto la relación decidida, sobre la cual ha de resolver *ex novo*, basándose en el material reunido *ahora y antes* ('). Son fácilmente discernibles las coin-

(') *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. III, p. 379.

cidencias —incluso de léxico— entre el maestro italiano y Morel.

La segunda etapa comprende las reformas de 1924 y 1933 al código alemán, las de 1935 y 1942 al código francés, la de 1940 al código italiano, y la introducida por la *Zivilprozessordnung* austriaca, que concluyen con el *novum iudicium*, inaugurándose en dichos países la etapa restrictiva; esto es, limitando el trámite de alzada al mero examen de la sentencia recurrida, sin admitir ni alegación de nuevos hechos ni de nuevos fundamentos, y sin permitir la aportación de otro material que el tenido en cuenta por el primer juez. Como decía Schönke sobre la reforma alemana, “la apelación no es ya hoy un recurso que proporcione un nuevo examen total del material de hecho, sino que persigue fundamentalmente un nuevo examen de la sentencia del tribunal de primera instancia en cuanto a los hechos y en el aspecto jurídico sólo a base del material aportado al tribunal *a quo*” (2). Estos principios coincidían con la tradición española, para la cual la actividad del tribunal de apelación se limita a un nuevo examen de la decisión impugnada, sin que implique un *novum iudicium* y con la mera posibilidad de invocar hechos desconocidos y de producir prueba denegada en primera instancia sin culpa del oferente. Tales excepciones, piensa Alsina, confirman el principio (3).

El régimen español se trasladó a la legislación argentina, permitiéndose en el antiguo código de la Capital (4) y en los de provincias un restringido aporte probatorio ante la alzada. Durante la vigencia de los mismos, fue que Costa, siguiendo los lineamientos de Mortara, trabajó su teoría de que la apelación constituye

(2) *Derecho Procesal Civil*, p. 305.

(3) *Tratado*, IV, p. 209.

(4) Arts. 246 y 247, y 21, ley 14.237.

un nuevo juicio, pero cuyo objeto consiste sólo en fiscalizar el grado de justicia de la sentencia en recurso ⁽⁵⁾.

La tercera etapa —o sus vísperas— se insinúa en la actualidad. No con el concepto primitivo de que el trámite de alzada es una *segunda primera instancia*, según gustaba decir a los alemanes ⁽⁶⁾, pero sí hacia una apertura más permisiva tanto en lo que respecta a las facultades del tribunal como de las partes. Este retoñar de las reservas con que Satta y Carnelutti acogieron la reforma italiana de 1940, se alimenta, esencialmente, con la idea de la búsqueda de la *verdad real*. Sus principios inspiraron gran parte de la reforma de 1967, en la *Argentina*, reiterados y enfatizados en la de 1981. Hasta dónde llegarán a profundizarse, es imposible saberlo; pero sin duda, el criterio estricto con que se asumió el juicio de alzada difícilmente pueda sostenerse en lo sucesivo.

Las orientaciones legislativas examinadas precedentemente, impiden, sin embargo, elaborar un concepto unívoco de la segunda instancia. Ello así, porque la doctrina concentró su atención en el régimen de la apelación libremente concedida. Cuando se trata del recurso en relación —y el hecho no podía dejar de ser evidente para Couture ⁽⁷⁾— el mayor juez sólo puede decidir con el material de la instancia anterior ⁽⁸⁾. De manera que si quisiéramos adoptar una definición que comprenda las dos formas de tramitarse el *juicio de apelación*, nos hallaríamos frente a obstáculos casi insuperables, derivados del contenido que la ley atribuye

⁽⁵⁾ COSTA, Agustín A., *ob. cit.*, p. 40.

⁽⁶⁾ *Zweite Erstinstanz*.

⁽⁷⁾ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 256, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1951.

⁽⁸⁾ Excepcionalmente, en algunos códigos (Santa Fe, 379; Córdoba, 1152) se recibe a prueba la segunda instancia en el caso de recursos concedidos en relación. Ver: Cap. IX, § 3.

al trámite en uno y otro caso. A nuestro modo de ver, el concepto de la segunda instancia no puede formularse *a priori*: dependerá del sistema procesal que se vaya a aprehender y de la forma en que el recurso se hubiere otorgado.

2. CARACTERES

El convencimiento de que no es posible proporcionar una definición omnicomprendiva de la segunda instancia, no impide individualizar los elementos comunes al trámite libre y en relación. Intentemos, pues, descubrirlos:

La doble instancia implica, como enseñaba Morel, una *jerarquía administrativa*. Ello equivale a decir “división funcional de la jurisdicción” como garantía de mejor justicia, garantía que se trata de asegurar mediante la fiscalización de la sentencia recurrida. Este dato responde a criterios de *oportunidad*, según lo dijimos *supra* (°). Ahora bien: la aspiración a una mejor justicia no supone descalificar las condiciones del primer juez, ya que entonces no se explicarían las sentencias confirmatorias, que son las más. De tanto en tanto la jurisprudencia debe volver sobre el punto para despejar dudas que aún subsisten, incluso en el propio ámbito forense: El tribunal de alzada —declaró la CNCrim. y Correc., Sala VI— vigila únicamente la actuación de la ley; no da respaldo al magistrado ni se lo quita, descontando que éste procedió en la misma forma; valora objetivamente lo resuelto, abstracción hecha de la persona que lo suscribe (1°). Asimismo, la doble ins-

(°) Capítulo I, § 1.

(1°) La Ley, 139-961.

tancia no tiene, en principio ⁽¹¹⁾, raigambre constitucional, pero ello no impide que, siendo una garantía de mejor justicia, disponiéndolo la ley existan sentencias irrecurribles. Pero —agregó la CNCiv., Sala B— de no negarse expresamente ese derecho, toda sentencia definitiva es apelable ⁽¹²⁾.

El segundo elemento identificable es la limitación del conocimiento a lo que ha sido materia de recurso. Los agravios fijan las pretensiones de las partes, por lo que el tribunal de alzada no podrá acordar ni más, ni menos, ni algo distinto de lo que le fue pedido. El quebrantamiento de esta regla afecta al principio de congruencia y lleva a la descalificación del fallo mediante el pertinente recurso extraordinario, puesto que padecería el derecho a la defensa en juicio, asegurado por la Constitución.

Otra nota esencial de la segunda instancia está dada por la necesidad de que sea abierta por quien esté legitimado para hacerlo. Prácticamente no existen en nuestro proceso civil los recursos “en interés de la ley” ⁽¹³⁾.

Por último, la doble instancia no es de orden público, pese a que en numerosas oportunidades así lo ha declarado la jurisprudencia. Habida cuenta que las partes no están obligadas a interponer recursos, o sea, que pueden renunciar a tal derecho, obviamente no se halla afectado ningún interés social ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Es útil reiterar la cita de IBÁÑEZ FROCHAM, inserta en el Cap. I, § 5, nota 2: la doble instancia no es exigible en tanto la Constitución no la imponga; arbitrio no pacífico ni en la legislación, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

⁽¹²⁾ La Ley, 138-256.

⁽¹³⁾ Ver: *infra*, § 3.2.1.

⁽¹⁴⁾ Conf.: IBÁÑEZ FROCHAM, *ob. cit.*, p. 101/102; COSTA, *ob. cit.*, p. 92; JOFRÉ, *ob. cit.*, IV, p. 216.

3. PRINCIPIOS PROCESALES

Podetti definía los *principios procesales* “como las directivas o líneas matrices, dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso” (15), vinculando su trascendencia, número y naturaleza a la concurrencia o no de ciertos datos de la realidad; por ejemplo, la clase de juicio a que se pretenda aplicarlos.

A partir de esa conceptualización, razonamos que no sólo es posible referir los principios a una determinada clase de proceso, sino también a una determinada etapa del mismo. Cabe, empero, una aclaración: cuando se trata de principios fundamentales, básicos, no será legítimo distinguir entre la primera y la segunda instancia: deben aplicarse a ambas con idéntico alcance. En cambio, tratándose de principios accesorios o contingentes, no habrá obstáculos para decidir —por vía legislativa o pretoriana (16)— si conviene o no aplicarlos. Ahora bien: ¿Cómo saber cuáles son los básicos y cuáles los contingentes? Entendemos que existe una forma de identificarlos: relacionándolos con el derecho de defensa. El principio de contradicción, vaya el caso, no es susceptible de condicionarse ni limitarse por el hecho de que el expediente se halle a conocimiento del primer juez o de la alzada; en ello está en juego una garantía

(15) *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, p. 103; Ed. Ediar, Bs. Aires, 1963.

(16) ISIDORO EISNER admite que los principios procesales reconocen sustento normativo no sólo en la ley sino también en la jurisprudencia. Ver: *Principios Procesales*, en RDEP, Nº 4, p. 47.

constitucional. Lo mismo cabe afirmar del principio de *formalismo*. En cuanto al de *moralidad*, si bien no tiene conexión inmediata con el debido proceso, se halla implícito en sus fines.

Los principios contingentes, en cambio, son aquéllos de los cuales puede prescindirse (o extenderlos o restringirlos) conforme a una decisión política sostenida en simples razones de oportunidad. La segunda instancia habrá de construirse legislativamente con fundamento en todos los principios básicos, y con aquellos contingentes que aseguren el modelo de alzada pretendido por la comunidad. Tal será el ámbito de nuestro estudio a la luz de las normas en vigor.

3.1. Principios básicos.

3.1.1. Principio de contradicción.

El enunciado de que a nadie puede privarse de ningún derecho sin dársele la oportunidad de ser oído, tiene vigencia tanto en lo que respecta a las pretensiones sustanciales como a las de mera forma, asegurando, en este último caso, la facultad de contralor que las partes disfrutaran en el proceso. De ahí que el principio se denomine también de *bilateralidad*, porque frente a cada petición debe hacerse posible una contestación.

El trámite de alzada contiene expresas referencias a la regla: del escrito con que el apelante funde el recurso en relación, debe darse traslado a la otra parte (art. 246, C.P.N.). También se le dará traslado del escrito en que se funden los recursos otorgados en efecto diferido (art. 260, inc. 1º), del ofrecimiento de documentos (inc. 3º), del pedido de apertura a prueba cuando se alegare hecho nuevo (inc. 5º, a) y de la expresión de agravios (art. 265).

El principio admite, no obstante, algunas excepciones, hallándose previsto que se resolverá sin sustanciación alguna el pedido de replanteo de medidas probatorias (art. 260, inc. 2º) y la revocatoria deducida contra las providencias simples dictadas por el presidente (art. 273). No existen, a nuestro modo de ver, razones válidas que justifiquen en los casos señalados, el apartamiento de la regla.

3.1.2. De congruencia.

La sentencia de segunda instancia es la respuesta a la expresión de agravios. Si la simetría padece, esto es, si la jurisdicción responde en mayor o menor medida, o en una medida distinta de lo que fue motivo de agravios, tal falta de correlación hiere el principio de congruencia.

Ricer señala que en segunda instancia pueden darse los siguientes casos de incongruencia: a) Cuando el tribunal de alzada decide cuestiones que han quedado consentidas; b) Cuando omite decidir cuestiones que son materia de recurso; y c) Cuando modifica la sentencia en perjuicio del apelante (17).

En cualquiera de estas hipótesis, la sentencia de alzada es impugnabile mediante recursos extraordinarios, locales o federales, pues infiere agravio al derecho de defensa.

El principio que estudiamos no puede admitir excepciones, atento a su naturaleza, pero sí límites que permitan compatibilizar el interés particular del litigante con los fines del proceso. En este orden de ideas, el C.P.N. autoriza al tribunal para resolver sobre los

(17) RICER, Abraham, *La congruencia en el proceso civil*, RDEP, Nº 5, p. 15 y sgtes.

intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia (art. 277); a decidir sobre los puntos omitidos en ésta, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios (art. 278), y a adecuar las costas y el monto de los honorarios al contenido de su pronunciamiento, aunque no hubiesen sido materia de apelación (art. 279).

3.1.3. De disposición.

Desaparecido de nuestra legislación procesal civil casi todo vestigio de avocación directa al caso por el tribunal de alzada (¹⁸), ésta se abre sólo mediante la oportuna interposición de los recursos por quienes se hallen legitimados para hacerlo. Inclusive una vez abierta, el recurrente puede o no conservarla, cumpliendo o dejando de cumplir las cargas impuestas por la ley (carga por excelencia es la expresión de agravios). En otras palabras, la tutela jurisdiccional, requerida para revisar el fallo del primer juez, se ejerce conforme a la voluntad de los litigantes.

La facultad de *disponer* de la instancia, sin embargo, no es absoluta. Prevalece sin duda tratándose de las pretensiones *materiales*, pero cuando se trata de pretensiones *procesales*, el principio de *oficialidad* concurre con el de *disposición* al cumplimiento de los fines

(¹⁸) El art. 253 bis, C.P.N., prevé una *consulta*: "En el proceso de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuera apelada se elevará en consulta. La cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces y sin otra sustanciación". El precepto, con antecedentes en algunos códigos ya derogados (Entre Ríos, art. 616; Jujuy, art. 426), no instituye justamente un *recurso*, "sino justamente un remedio sustitutivo" (conf.: MIRA y GÓMEZ-ALONSO DE DÍAZ CORDEIRO, *Comentario crítico sobre la reforma del C. P. N.*, E. D., N° 5260 del 3-7-81, p. 11/12).

del Estado en la solución rápida y justa de los conflictos que se someten a juzgamiento (19). Si, por ejemplo, el artículo 276, C.P.N., manda que el tribunal corrija de oficio el error en la forma en que se hubiese concedido el recurso, le está reconociendo considerables atribuciones en la dirección, instrucción e impulsión del trámite de segunda instancia.

Los límites al principio dispositivo se proyectan aun a las pretensiones materiales, y alcanzan tanto a los hechos de la causa como al derecho invocado.

Respecto de los hechos, el artículo 36, inciso 2º, C.P.N., autoriza al tribunal a ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, sin mengua del derecho de defensa. En esa misma regla de oficiosidad se inscriben las facultades conferidas por los apartados a, b y c del citado inciso 2º, para que el tribunal disponga en cualquier momento la comparecencia personal de las partes, requiriéndoles explicaciones sobre el objeto del pleito, decida la comparecencia de peritos y testigos para interrogarlos, y mande agregar documentos existentes en poder de las partes o de terceros.

(19) LASCANO distinguía el *pleito* del *proceso*, reservando exclusivamente para este último las excepciones al principio de disposición. Refiriéndose a las facultades del juez para actuar de oficio, señala: "Interesa saber si tales poderes invaden la esfera de los derechos privados o si por el contrario, se mantienen en terreno propio. Y a nuestro juicio, la cuestión se resuelve determinando el grado de relación en que se encuentran esas facultades con respecto a la litis y al proceso. Si inciden o influyen sobre 'el fondo del asunto', indudablemente que afectan al derecho de los litigantes, porque el conflicto de intereses atañe a ellos solamente; si por el contrario, no se dirigen al material del juicio sino que se refieren al procedimiento, no salen de la órbita en que deben ejercer su función, porque, como órgano de la jurisdicción, debe tener lugar prominente en la conducción y vigilancia del proceso" (*El principio dispositivo moderno*; RDPHA, año 1951, vol. II, p. 12). A treinta años de expuestas, las ideas del ilustre maestro no han resistido la profundización hecha al principio de oficialidad por obra del legislador, que ya alcanza —aunque muy limitadamente— al pleito, esto es, a las pretensiones materiales.

En cuanto al derecho, la alzada no está constreñida por los fundamentos que invoquen las partes o aun el primer juez en la sentencia sometida a revisión: el principio *iura novit curia* le obliga a declarar la norma aplicable, con prescindencia del encuadramiento que los litigantes asignen a los hechos de la causa.

3.1.4. De formalismo.

La jurisdicción no puede dispensar a las partes de cumplimentar el trámite de la segunda instancia; ni éstas tienen libertad de convenir las formas para instruir y fallar los litigios⁽²⁰⁾; ni el tribunal está autorizado para prescindir de las reglas instituidas por la ley. Va de suyo que el conocimiento y acatamiento de tales reglas por todos los sujetos del proceso es condición inexcusable para la existencia del mismo. Suprimir este principio, ha dicho Podetti, es suprimir el derecho procesal⁽²¹⁾.

Las formas a que nos venimos refiriendo son aquellas llamadas *sustanciales*, de las que no es posible apartarse sin afectar el derecho de defensa o el orden público. Su quebrantamiento trae aparejada la ineficacia absoluta del acto. Así, no empezará a correr el término para expresar agravios ni se podrá declarar la deserción de la instancia, si resultare que el apelante no fue notificado personalmente o por cédula del decreto que manda poner el expediente en la oficina (artículo 259, C.P.N.). No se podrá dictar sentencia antes de consentida la providencia de autos (art. 268). Las formas no sustanciales, en cambio, son disponibles por las partes y habiendo el acto cumplido con su objeto, basta dejar

(20) PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de la Competencia*, p. 72; Ed. Ediar, Bs. Aires, 1954.

(21) *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, p. 117.

de impugnarlo para otorgarle eficacia, como si estuviese regularmente ejecutado. Es el caso de quien contesta un traslado sin que se le entreguen las copias. Otras veces es la misma ley la que se encarga de evitar que el incumplimiento de las formas ocasione la pérdida de un derecho, como ocurre cuando el apelante, pese a estarle prohibido, fundare el recurso de apelación.

El principio de formalismo se halla limitado, en consecuencia, por el principio de conservación del proceso, de tal modo que sólo los vicios generadores de un perjuicio irreparable, inferido al derecho de defensa o al orden público procesal, provoquen la declaración de nulidad.

Si tuviésemos que proporcionar nada más que un ejemplo para ilustrar el principio que estudiamos, elegiríamos el concerniente al *idioma* a emplearse en la tramitación de los juicios: en todos los actos del proceso, dispone el artículo 115, C.P.N., se utilizará el idioma nacional.

3.1.5. De moralidad.

Dado que los recursos se conceden tanto contra la sentencia justa como contra la injusta, y atento a los abusos a que ha dado lugar una exagerada permisibilidad del alzamiento, corresponde extremar en su tramitación la vigilancia de la buena fe. Correlativamente, el tribunal de segundo grado tiene la oportunidad de enmendar las deslealtades que en primera instancia hubieren conducido a un fallo fraudulento o contrario a la verdad real.

La ley ha previsto reglas de probidad para todas las etapas del proceso: sanciona la recusación maliciosa

(art. 29, C.P.N.)⁽²²⁾; obliga a los jueces a prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe (art. 34, inc. 5º, ap. d); compele al juez o tribunal a declarar, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o profesionales intervinientes (art. 34, inc. 6º y 45)⁽²³⁾; autoriza la imposición de sanciones pecuniarias, compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, y sanciones conminatorias a terceros (art. 37); constriñe al apoderado a seguir el juicio mientras no haya cesado legalmente en el cargo (art. 50); impone al juez el deber de remitir los antecedentes a la justicia penal cuando resultare probada connivencia del tercerista con el embargado, a detener a ambos hasta el momento en que comience a actuar el juez en lo penal y a sancionarlos disciplinariamente, incluso a los profesionales que los hubieren representado o patrocinado (art. 103); etc.

3.1.6. De preclusión.

La necesidad de que el proceso fluya hacia la cosa juzgada sin regresar a etapas que ya se transitaron es tan manifiesta en el trámite de alzada como en cualquier otro estado del juicio. Pero antes de abordar los casos notorios de la preclusión en segunda instancia, recordemos cómo funciona el principio:

a) Cuando no se ejercita un acto en el plazo asignado por la ley: dejar de ofrecer la prueba, por ejemplo.

(22) Con multa de hasta \$ 900.000 por cada recusación (ley 22.434).

(23) Sancionándolos con multa cuyo importe se fijará entre el 5 % y el 30% del valor del juicio, o entre \$ 300.000 y \$ 13.000.000 si no hubiese monto determinado (ley 22.434).

b) Cuando se ejercita un acto incompatible con otro: contestar la expresión de agravios sin pedir se rectifique el error en la forma de conceder el recurso.

e) Cuando el acto se consuma por haberlo ejercitado: una vez expresados los agravios, no puede reiterarse, ni ampliarse, ni corregirse el memorial, aunque todavía no hubiere vencido el plazo para su presentación.

La preclusión se vincula a la idea de *clausura* (imposibilidad de volver a una etapa anterior) como a la de *caducidad* (pérdida del ejercicio de un derecho). En la alzada, lo primero ocurre cuando queda consentida la providencia del llamamiento de autos (art. 268). Lo segundo, cuando en el plazo de diez o cinco días, según se trate de juicio ordinario o sumario (art. 259) no se expresaran agravios (art. 266); o cuando dentro del quinto día de notificada la providencia de trámite no se efectuaren las peticiones autorizadas por el artículo 260; o cuando en el mismo plazo no se manifestare el propósito de informar *in voce* (art. 264); o cuando se dejaren vencer los seis días acordados para alegar (artículo 262); o los diez o cinco días para contestar los agravios (art. 267). Asimismo, caduca el derecho de pedir aclaratoria transcurrido el término de cinco días desde la notificación de la sentencia; de requerir se rectifique el error en la forma de concesión del recurso, si no se ejerciere dentro de tercero día (art. 276). La sentencia definitiva de segunda instancia quedará firme si no se interpone, dentro de los diez días de notificada, el recurso extraordinario (art. 257) o el de inaplicabilidad de ley (art. 292). Y devendrá inmutable el auto que deniega los recursos ante la Corte, si no se deduce queja dentro de los cinco días (con más lo que corresponda en razón de la distancia) desde la notificación de la denegatoria (art. 282).

3.2. Principios contingentes.

3.2.1. De eventualidad.

Cuando la ley obliga a acumular dos pretensiones procesales en un mismo acto, a fin de que una se resuelva en defecto de la otra, entonces opera el principio de eventualidad. Un ejemplo de petición subsidiaria en segunda instancia está dado por la obligación de interponer conjuntamente los recursos de apelación y nulidad, en aquellas leyes donde el último no está comprendido en el primero. Y aun en este caso, el escrito de expresión de agravios deberá ser, a la vez, memorial de queja y de nulidad. Asimismo, quien apele en efecto diferido —si se trata de un proceso de ejecución— deberá fundar el recurso en el acto de recurrir la sentencia, a fin de que la cámara, al dictar el fallo definitivo, se pronuncie, ya sobre el fondo, ya sobre la apelación diferida. Y finalmente, respecto de la prueba en la alzada, habiéndose propuesto la documental, deberá reservarse en el mismo escrito de ofrecimiento la pericial supletoria para el caso de que los instrumentos fuesen desconocidos por la parte a quien se atribuyen.

3.2.2. De economía.

Pese a que es constantemente invocado —incluso para justificar las transgresiones al derecho de defensa— el principio de economía procesal carece de individualidad: se halla implícito en los de eventualidad, celeridad, inmediación, concentración y preclusión⁽²⁴⁾. La ley lo expresa a través de las apelaciones diferidas

(24) “A nuestro criterio —dice Fernando de la Rúa— las enumeraciones excesivas de principios van en desmedro de su eficacia didáctica” (*Principios procesales y poderes del juez en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, RADP, año 1971, N° 3, p. 317).

(art. 243, última parte, C.P.N.); de la limitación de las impugnaciones contra las providencias simples dictadas por presidencia (art. 273); de la eliminación, para ciertos casos, de la providencia de autos (art. 275), etc., además de la conminación genérica impuesta por el artículo 34, inciso 5º, e. El apartado b de este mismo inciso, impone al juez o tribunal la obligación de señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades. Cuadro señala que esta cláusula corresponde al denominado principio de *saneamiento* ⁽²⁵⁾, en el que entendemos también se halla implícito el de economía.

3.2.3. De intermediación.

La orientación de los códigos hacia el sistema de la sana crítica en la valoración de la prueba, así como el incremento de las facultades judiciales en cuanto a la prueba de oficio, debe acompañarse, para obtener una equilibrada estructura del proceso —y aun para evitar que la discrecionalidad se torne arbitrariedad— de medidas que aseguren el conocimiento directo del material colectado. En segunda instancia, aparte de la intermediación prevista por el C.P.N. en los incisos 1º y 5º del artículo 34, e inciso 2º, apartados a y b del artículo 36, el principio se halla presente también: en el artículo 125 bis, que impone al juez la obligación de tomar personalmente la audiencia de posiciones bajo pena de nulidad; en el 273, que obliga a los miembros del tribunal a asistir a todos los actos de prueba cuando la ley lo establezca o las partes lo soliciten; en el artículo 270,

(25) CUADRAO, Jesús, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado*, p. 53; Ed. Depalma, Bs. Aires, 1969.

que les prescribe el deber de instruirse personalmente de las causas antes de celebrar los acuerdos para pronunciar sentencia; etc.

3.2.4. De concentración.

La producción de la prueba en un solo acto (o en el menor número posible de actos) está prevista por el artículo 34, inciso 5º, a, C.P.N., que es aplicable al procedimiento de segunda instancia en virtud de lo dispuesto por el artículo 262. Pero no sólo el trámite probatorio es susceptible de concentrarse: el artículo 260 impone la carga de acumular *en un solo escrito* el fundamento de las apelaciones diferidas, la solicitud de medidas probatorias denegadas en primera instancia, la presentación de documentos, el ofrecimiento de la confesional, y el pedido de apertura a prueba.

3.2.5. De escritura.

El principio de escritura es propio de la doble instancia, así como el de oralidad lo es de la instancia única. No obstante, ni uno ni otro se presenta totalmente ascéptico: no existe el puro escrituralismo como tampoco la pura oralidad. Debe decirse tan sólo que *predomina* alguno de ellos, según el sistema vigente.

En el nuestro, el procedimiento es predominantemente escrito. Las excepciones en beneficio de la oralidad se hallan instituidas: por el artículo 245, C.P.N., que permite interponer el recurso de apelación en forma verbal, y por el artículo 264, que da opción para informar *in voce* sobre la prueba rendida en la alzada. Asimismo, el recurso de reposición podrá interponerse verbalmente, si se dedujere en el curso de una audiencia (art. 239), siempre que se tratara de providencia simple

dictada por el presidente de la sala o cámara (art. 273). Vinculada al principio de celeridad y economía, cabe citar la prescripción del artículo 116, aplicable también al trámite de alzada, según el cual, cuando para dictar resolución se requiriese informe o certificado previo del secretario, el juez los ordenará *verbalmente*.

3.2.6. De publicidad.

El acceso a los expedientes, la libre asistencia a las audiencias, la divulgación de las estadísticas judiciales, son algunos de los modos con que actúa el principio de publicidad, íntimamente imbricado en el sistema republicano de gobierno. Sin embargo, su regulación normativa no le otorga la extensión deseable en un país de tradición democrática como el nuestro, ni el derecho positivo vigente en la Nación y en las provincias le concede un tratamiento uniforme. Dicha regulación, por otra parte, se halla dispersa en las constituciones, códigos procesales, leyes orgánicas de administración de justicia y reglamentos internos.

En lo que hace específicamente al procedimiento de alzada, el C.P.N., en su artículo 164 previene que las sentencias podrán ser dadas a publicidad salvo que, por la naturaleza del juicio, razones de decoro aconsejaren su reserva, en cuyo caso así se declarará; y si afectare la intimidad de las partes o de terceros, los nombres de éstos serán eliminados de las copias para la publicidad. Convienen igualmente, al trámite de segunda instancia, las prescripciones sobre publicidad que el código dedica a los actos procesales en general: las audiencias, dice el artículo 125, serán públicas, a menos que los jueces o tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, dispusieren lo contrario mediante resolución fundada (inc. 1°).

A su vez, el Reglamento para la Justicia Nacional permite revisar los expedientes a las partes, sus abogados, apoderados y representantes legales, y a las personas autorizadas por ellos; a los peritos; a los representantes de la Nación, de las provincias, municipalidades y reparticiones autárquicas, *y a cualquier abogado, escribano o procurador, aunque no intervenga en el juicio*, siempre que justifique su calidad de tal cuando no fuese conocida. El artículo 63, al que nos estamos refiriendo, extiende tales atribuciones a los periodistas, con motivo del fallo definitivo de la causa. Ahora bien: los particulares que deseen ver un expediente en el que no sean parte, deberán hacerse acompañar por alguna de las personas mencionadas precedentemente, o solicitarlo especialmente al secretario (art. 66).

Hemos visto que en el C.P.N., se establecen excepciones al principio de publicidad, fundadas en razones de decoro. Lo mismo ocurre en el R.J.N., aunque a las razones de decoro se añaden otras, relativas al orden público. Su artículo 64 dispone al efecto, que no podrán revisarse por las personas ajenas a la causa (abogados que no intervengan en el juicio y periodistas) los expedientes que contengan actuaciones administrativas de carácter reservado, los expedientes referentes a cuestiones de derecho de familia (divorcio, filiación, nulidad de matrimonio, pérdida de la patria potestad, tenencia de hijos, alimentos, insania, etc.), y aquellos cuya reserva se ordene especialmente.