

LA ORALIDAD Y LA SEGUNDA INSTANCIA CIVIL

CARLOS MARTÍN BRAÑAS

Profesor Contratado Doctor. Departamento de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero, se confecciona bajo la clara intención de introducir una serie de principios que ayuden a superar el conjunto de disfuncionalidades de las que, durante más de un siglo de vigencia, la antigua Ley Rituaria había demostrado adolecer. Entre esos principios destacan la oralidad, publicidad e intermediación, cuya íntima relación resulta innegable, pudiéndose afirmar que es muy difícil encontrar supuestos en los que se aprecie la presencia de uno de ellos con exclusión de alguno de los otros¹.

Semejante deseo puede vislumbrarse, sin ningún género de duda, realizando una breve revisión a la Exposición de Motivos de la LEC 2000, especialmente a su apartado I, donde nuestro legislador se expresa en los siguientes términos:

“La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la Justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales -nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria de la instancia-, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e intermediación. Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran.”.

Si bien es cierto que esa modernización, adecuando la nueva normativa procesal civil a los principios antedichos, parece lograrse de forma óptima en las actuaciones seguidas en la Primera Instancia del proceso civil, sin embargo, no parece que el legislador logre ese mismo objetivo a la hora de regular la Segunda.

¹ Íntima relación puesta de manifiesto por la generalidad de la doctrina científica, vid., entre otros: CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, (Trad. Alcalá Zamora y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944, p.278; de igual forma, CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, (Trad. Sentís Melendo), Vol. II, Buenos Aires, 1949, p.254. En términos similares DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, IGNACIO, “Algunas reflexiones acerca de la regulación de los procesos declarativos ordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *ICADE*, mayo-agosto 2000, núm. 50, p.84; MONTERO AROCA, JUAN, “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad”, *Revista de Derecho Procesal*, 2001, p.593; HERRERA ABIÁN, ROSARIO, *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Granada, 2006, p.9, etc..

De hecho, muy al contrario, si nos fijamos, en concreto, en la sustanciación del procedimiento diseñado para el recurso de apelación, descubriremos como se desarrolla casi exclusivamente con arreglo al principio de escritura, lo que contrasta con la idea anticipada en la propia Exposición de Motivos de la Ley y con la regulación que efectivamente se ha introducido al regular la Primera Instancia².

1. Vigencia del principio de oralidad en la sustanciación del actual recurso de apelación civil

En estos momentos, bastará con realizar un rápido repaso a la normativa reguladora del recurso de apelación contenido en la LEC 1/2000 para comprobar que la oralidad, aunque existe, sin embargo se encuentra limitada de una forma más que evidente.

Si acudimos al artículo 464 LEC, comprobamos, de inmediato, que la única actuación oral prevista en el procedimiento seguido en segunda instancia es la “vista”, celebrándose necesariamente ésta “si hubiere de practicarse prueba” y, potestativamente “si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida” y, siempre “que así lo haya solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considere necesario”.

Atendiendo a lo previsto en el art. 464.1 LEC, si fuese preciso celebrar la vista ésta se tramitará conforme a lo establecido en los arts. 442-444 del texto procesal civil, preceptos que regulan dicha actuación en el juicio verbal. No debemos olvidar que también será de aplicación lo establecido en el art. 147 LEC, relativo a la documentación de las actuaciones orales y vistas mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y sonido.

De inmediato, antes de continuar, nos surge la duda sobre la mayor o menor idoneidad de esta remisión hecha por el legislador a las reglas que regulan la vista en el juicio verbal. Semejante incertidumbre puede encontrar su fundamentación en diversos elementos: a) Existen normas generales que regulan las vistas en cualquier tipo de proceso –arts. 182 y ss. LEC (“De la sustanciación, vista y decisión de los asuntos”)-; b) se plantean evidentes problemas de coherencia si pretendemos aplicar determinados preceptos previstos para la vista del juicio verbal a las del recurso de apelación (ej. Art. 443 LEC); c) el propio art. 185 LEC, precepto integrado en la regulación prevista para el régimen general de las vistas, prevé como debe llevarse a cabo su celebración, realizando mención expresa al recurrente y al recurrido, aspecto este que nos puede hacer pensar que el

² También ponen de manifiesto esta cierta contradicción existente entre la intención primigenia del Legislador y la regulación final del recurso de apelación en la vigente Ley procesal civil, entre otros: Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, “La segunda instancia en el Anteproyecto de Ley”, en *El proceso civil y su reforma*, dirigido por MORÓN PALOMINO, M., Madrid, 1998, pp. 334-346; SAAVEDRA GALLO, PABLO MANUEL, “El recurso de apelación”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, coordinado por ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., Vol.II, Barcelona, 2000, p. 670; HOYA COROMINA, JOSÉ, *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2002, p. 158; ESPARZA LEIBAR, IÑAQUI, *La Instancia de Apelación Civil. Estudio Comparativo entre España y Alemania. (Dos modelos para el S. XXI)*, Valencia, 2007, pp. 196-198; GARCÍA PAREDES, ANTONIO, “Un nuevo recurso de apelación”, *Diario La Ley*, Nº 6952, Sección Tribuna, 23 de mayo 2008, Año XXIX, Ref. D-161 (La Ley 16938/2008), p. 1.

legislador al redactar el artículo 464 LEC ha olvidado que la celebración de la vista en apelación ya está regulada en este art. 185 LEC, con carácter general³.

A) Celebración de la vista

Una sucinta lectura del art. 464 LEC, nos servirá para corroborar que, salvo que hubiere de practicarse prueba en segunda instancia, supuesto en el que la celebración de ésta aparece como inexcusable, la Ley hace recaer la responsabilidad de su celebración en la concurrencia de alguna de las dos posibles causas siguientes: a) bien por haberlo solicitado cualquiera de las partes o, b) en todo caso, cuando el propio órgano ad quem, estimándolo necesario, así lo ordene, ya se lo hayan solicitado o no las partes en sus respectivos escritos de alegación.

En relación con el segundo detonante y ante el silencio de la Ley, no queda otra opción mas que asentir que los criterios que deben presidir la labor intelectual del órgano ad quem a la hora de determinar la mayor o menor necesidad de la celebración de vista, quedan al libre arbitrio del propio juzgador, pudiendo alegarse un amplísimo elenco de motivaciones (la naturaleza del caso, la complejidad del supuesto, el tipo de pretensión ejercitada, la necesidad de aclaración o corrección de alguno de los escritos de alegaciones de las partes, la subsanación de una falta que pudiera llevarse a cabo en el acto de una vista al precisar la colaboración de las partes, cuando alguna de las alegaciones o motivos del recurrente o del recurrido presente alguna imprecisión, ambigüedad u oscuridad, etc.)⁴.

Con esta celebración tasada de la vista en apelación, se sustrae a los magistrados integrantes del Tribunal ad quem la oportunidad de conocer de forma directa, y en todo caso, los motivos de disconformidad aducidos por las partes con la sentencia de primera instancia, así como la oportunidad de conocer de viva voz los elementos básicos del pleito, sobre todo de aquellos que más influencia hayan tenido o puedan tener en la resolución del propio recurso. Fueren cuales fueren los criterios que debieran seguirse al momento de decidir sobre la necesidad de ordenar la práctica de esa vista, estamos de acuerdo con aquellos que sostienen que debería mantenerse un criterio amplio y favorable a su celebración, “buscando potenciar la oralidad e inmediatez en el recurso, y contribuir con ello a que el Tribunal ad quem tenga una mejor percepción de las razones que asisten a las

³ Vid., de esta opinión, ARAGONESES ALONSO, PEDRO Y GISBERT POMATA, MARTA, *La apelación en los procesos civiles (antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Madrid, 2003, pp. 554-555. También HOYA COROMINA, *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 161. En el mismo sentido, OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANA, *El recurso de apelación en el proceso civil (partes, intervinientes y terceros)*, Barcelona, 2002, pp. 237-238; ESPARZA LEIBAR, *La Instancia de Apelación Civil...*, op. cit., nota 262, p. 210.

⁴ A modo de ejemplo, pueden consultarse respecto a la discrecionalidad de esta decisión: OLIVA SANTOS, ANDRÉS. DE LA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p.799; HOYA COROMINA, *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p.160; TASENDE CALVO, JULIO J.: “*Algunas cuestiones sobre el recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 529/2002; ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., p. 507; ESPARZA LEIBAR, *La Instancia de Apelación Civil...*, op. cit., p. 211, etc..

partes”⁵. Criterio amplio que, por otro lado, ha seguido nuestro legislador al regular la segunda instancia en aquellos procesos especiales que versan sobre la capacidad de las personas, en donde esa instancia se tramitará siempre con práctica de prueba y, por tanto, con celebración de vista, al establecerlo así el art. 759.3 LEC (respecto de las pretensiones de reintegración de la capacidad y de modificación del alcance de la incapacitación, ver art. 761.3 LEC).

B) Actuaciones a sustanciar en la vista de forma oral

Una vez ordenada la celebración de la vista por parte del juzgador ad quem, se practicarán, primando la forma oral, las siguientes actuaciones:

a) Informes

El acto de la vista dará comienzo cuando el Juez o Presidente declare que se procede a celebrar la misma de forma pública, de inmediato el Secretario Judicial relacionará sucintamente los antecedentes del caso o las cuestiones que hayan de tratarse (art. 185.1 LEC). A continuación, se iniciará la exposición del material del proceso realizada por las partes y sus defensores, primero la parte apelante y después la apelada. Esta actuación, a la que la naturaleza de la vista imprime las características que le son propias –oralidad e inmediación–, recibe el nombre de “informe”(art. 185.2 LEC).

El contenido de estos informes se conformará reiterando lo alegado en los respectivos escritos iniciales del recurso⁶, en concreto podemos destacar:

- El ámbito del recurso queda acotado con las actuaciones de preparación y formulación realizadas ante el Tribunal ad quem.

- En la vista, el recurrente, puede reiterar o aducir nuevos fundamentos sobre los extremos en que han sustentado su recurso pero, en ningún caso, podrán ampliar los ya aducidos con anterioridad en la primera instancia o en los escritos de interposición e impugnación.

- También será factible en la vista reducir el ámbito del recurso, renunciando la parte de manera clara y precisa a algunos extremos de su impugnación, ya que la inconcreción del alcance de la impugnación del apelante, dota al Tribunal de apelación de facultades para entrar a conocer de todas las

⁵ Vid. ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., p. 507. También GARCÍA PAREDES, “Un nuevo recurso de apelación”, op. cit., p. 2. Aunque, en todo caso, no faltan críticos a este posicionamiento, a modo de ejemplo, vid. SAAVEDRA GALLO, *El recurso de apelación, en Instituciones del Nuevo Proceso Civil ...*, Vol. II, op. cit., p. 679.

⁶ Contenido afirmado, entre otros, por: ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., pp. 569-573.

También nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de señalar en reiterada doctrina estos elementos vid., entre otras muchas, las SS de 23 de junio de 1948 (R 963), 10 de octubre de 1952 (R 1849), 30 de mayo de 1961 (R 2344), 27 de octubre de 1982 (R 5576), 6 de marzo de 1984 (R 1201), 25 de septiembre de 1999 (RJ 6607), 7 de junio de 2002 (RJ 7929), 10 de noviembre de 2004 (RJ 6723), 15 de marzo de 2006 (RJ 5425), 6 de julio de 2006 (RJ 4620), 30 de enero de 2007 (RJ 709), 1 de febrero de 2007 (RJ 704), 21 de febrero de 2008 (RJ 1212), etc..

cuestiones planteadas en el pleito y que resultaron desfavorables para la parte en la sentencia recurrida.

- Las partes podrán deducir en la vista pretensiones incidentales (p. ej. infracciones de forma cuyo primer momento procesal en el que ponerlas de manifiesto sea éste porque se han producido a lo largo de la tramitación de la apelación).

- Las alegaciones contenidas en el informe no pueden tratar de introducir nuevas pretensiones de la parte no deducidas, en su momento oportuno, en primera instancia o en la formulación del recurso. Todas estas peticiones han debido ser puestas de manifiesto con anterioridad a la celebración de la vista de apelación, por ello son ahora inadmisibles y, si se solicitan, el Tribunal ad quem no las tendrá en cuenta. Quedando vedado para las partes:

* La solicitud de nuevas pruebas, porque estas debieron solicitarse en los escritos de interposición, oposición y/o impugnación.

* El planteamiento de nuevas cuestiones, pues ello debió hacerse en el momento procesal oportuno de la primera instancia, debido al carácter revisorio de la apelación, sin que sea posible modificar sustancialmente el contenido de las pretensiones de impugnación.

* La reproducción de la denuncia de una falta cometida en la primera instancia, ya que esta denuncia debió realizarse en el escrito de interposición, oposición y/o impugnación del recurso.

- Si bien las Audiencias al conocer de la apelación, pueden resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, esto sólo es posible en tanto en cuanto la sentencia del Tribunal inferior no haya sido consentida por las partes en alguno de los extremos objeto de debate.

b) Práctica de prueba

Como prevé el art. 185.3 LEC, si se hubiera admitido prueba para el acto de la vista se procederá a su práctica conforme a lo dispuesto en las normas que la regulan, esto es, según las previsiones contenidas en los arts. 289 y ss. LEC (contradictoriamente en vista pública).

Lo primero que debemos destacar es que este recibimiento no se dará de una forma preceptiva e incondicional, sino que sólo se ordenará de forma subsidiaria en las condiciones excepcionales a que se refiere el art. 460 LEC⁷, conllevando esto una clara violación del principio de inmediación y, en consecuencia, de la oralidad que, como hemos visto, debería primar a lo largo de

⁷ Hecho destacado por, entre otros: PICÓ I JUNOY, JOAN, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 72; SOLÉ RIERA, JAUME, “El recurso de apelación y la segunda instancia en el Anteproyecto de LEC”, en *Presente y futuro del Proceso Civil*, dirigido por PICÓ I JUNOY, JOAN, Barcelona, 1998, pp. 295 y 296; SAAVEDRA GALLO, “El recurso de apelación”, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil...*, Vol.II, op. cit., p.662; ARAGONES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., p. 509; HERRERA ABIÁN, *La intermediación como garantía procesal...*, op. cit., p. 66; ESPARZA LEIBAR, *La Instancia de Apelación Civil...*, op. cit., pp. 215-217.

Excepcionalidad puesta de manifiesto también por nuestra jurisprudencia: vid. SSTs de 21 de noviembre de 1963 (RJ 4957), 15 de julio de 2005 (RJ 9237), etc..

todo el proceso civil⁸. Excepcionalidad que se manifiesta en orden a la hora de establecer los requisitos necesarios para su adopción, tales como su carácter taxativo o la prohibición de llevar a cabo una interpretación analógica al momento de ordenar su celebración⁹.

En este punto, se hace preciso destacar que al tratar sobre la proposición y práctica de prueba en apelación, el actual artículo 464 LEC coincide básicamente con el contenido de los antiguos artículos 862 y 863.2º LEC/1881, por ello es factible aplicar en bloque toda la jurisprudencia generada sobre esta materia antes de la vigencia de la actual ley procesal civil. Precisamente de la lectura de la doctrina jurisprudencial emanada de nuestros tribunales durante la vigencia de la antigua LEC de 1881, es posible concluir que sólo podrá ordenarse el recibimiento a prueba en segunda instancia si se cumplen tres premisas que adquieren el carácter de irrenunciables:

a) Que se de alguno o varios de los eventos especialmente contemplados en la Ley Rituaria Civil (actual art. 460 LEC).

b) Que los hechos que mediante la prueba se intenta acreditar, guarden la debida relación de congruencia con las peticiones deducidas por el actor o con las excepciones aducidas por el demandado, ya que, no olvidemos, que al amparo de esa excepcional prueba a celebrarse en apelación, no cabe intentar con éxito modificación alguna en los términos en que quedó planteado el debate y, en relación a los cuales, fue resuelta la litis en la primera instancia del juicio¹⁰.

c) Que la influencia de estos hechos en el pleito sea tan notoria que de no poder advenirse sobreviniera indefensión de la parte que pretende demostrarlos, por tender a establecer un punto capital de la cuestión litigiosa¹¹.

Para finalizar este apartado, resulta de interés señalar como nuestro Legislador muestra una permisibilidad mucho más amplia, en esta materia, cuando estamos ante un proceso especial sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores, en donde “sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas (pruebas) estime pertinentes” facultad que “será aplicable asimismo a la segunda instancia”(art. 752 LEC).

⁸ Clara ruptura del principio de inmediación que es destacado por diversos sectores de la doctrina científica, entre otros: CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, Madrid, 1992, p. 198; HERRERA ABIÁN, *La inmediación como garantía procesal...*, op. cit., pp. 67 y 69, etc..

⁹ En este sentido pueden consultarse las SSTs de 20 de noviembre de 1961 (RJ 4105), 24 de enero de 1964 (RJ 360), 2 de febrero de 1965 (RJ 521), 17 de febrero de 1971 (RJ 911), 18 de febrero de 1977 (RJ 503), 10 de abril de 1990 (RJ 2714), 15 de julio de 2005 (RJ 9237), etc..

¹⁰ Así se pronuncia nuestro Alto Tribunal en SSTs de 21 de noviembre de 1963 (RJ 4957), 18 de noviembre de 1965 (RJ 5103), 15 de julio de 2005 (RJ 9237), etc..

¹¹ Requisito de indefensión que ya ha sido puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional, vid. SSTC 104/2003, de 2 de junio; 122/2003, de 16 de junio; 135/2003, de 30 de junio. En los mismos términos la Sala Primera del TS, vid. SS de 19 diciembre de 2001 (RJ 9371), 14 noviembre de 2002 (RJ 9922), 5 diciembre de 2002 (RJ 10431), 24 de noviembre de 2003 (RJ 8087), 15 de julio de 2005 (RJ 9237), etc..

Más en concreto, en los procesos de incapacitación de las personas “además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas en las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”(art. 759.1 LEC). Dichas disposiciones en materia de prueba serán de aplicación, preceptivamente, tanto en primera como en segunda instancia, tal y como hemos visto al referirnos al acto de la vista en dicha fase procesal (arts. 759.3 y 761.3 LEC).

c) Segunda intervención para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular conclusiones.

Finalmente, el juzgador volverá a conceder la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas (art. 185.4 LEC).

Del análisis de este precepto debemos entresacar diversas situaciones que pueden darse en la práctica:

- a) Si no se practicó prueba: en esta caso, se producirá una nueva intervención de las partes con la única finalidad de “rectificar” hechos o conceptos, como apunta el propio art. 185 LEC.

- b) Si se practicó prueba: de haberse practicado prueba, la Ley otorga a las partes la posibilidad de formular “concisamente” las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas¹².

2. Posición jurisprudencial en relación con la vigencia de la oralidad en segunda instancia

Una cuestión como la que estamos tratando, evidentemente de indiscutible importancia práctica, no ha escapado de la necesaria valoración jurisprudencial. En este sentido, podemos apuntar los siguientes pronunciamientos¹³.

A) La apelación y los principios de inmediación, concentración y oralidad

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de emitir alguna resolución relativa a la segunda instancia, entrando a valorar la mayor o menor necesidad de respetar en el recurso de apelación las garantías de inmediación y contradicción y, en consecuencia, de oralidad.

¹² Debemos mostrar nuestro desacuerdo con aquellos que afirman la aplicación analógica, en este punto, del art. 433 LEC (así, ARAGONESES ALONSO y GIBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., pp. 575-576), que regula las actuaciones de las partes en la vista del juicio ordinario tras la práctica de la prueba y que su amplitud es mucho mayor que la previsión contenida en el art. 185.4, donde tan solo es posible introducir alguna alegación concisa respecto de las pruebas practicadas.

¹³ Línea jurisprudencial que ya era destacada y analizada en sus comienzos por MORAL GARCÍA, ANTONIO Y SANTOS VIJANDE, JESÚS MARÍA, en *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada, 1996 (en especial págs. 176-230).

El Alto Tribunal, no sin ciertas reticencias iniciales¹⁴, ha terminado configurando una clara línea argumentativa que, en principio, busca su fundamentación, a su vez, en la doctrina que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido construyendo sobre la base de la aplicación del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...”)¹⁵. En lo que al objeto de este trabajo afecta, el posicionamiento del Tribunal Europeo consiste en afirmar que toda persona tiene derecho a que su causa sea *oída públicamente* en todas las instancias y no únicamente en la primera¹⁶.

De forma breve, como la extensión de este trabajo exige, señalaremos que el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que en el desarrollo del recurso de apelación previsto en nuestro Ordenamiento Jurídico, se observen escrupulosamente las garantías constitucionalizadas y, especialmente, las de inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas de cargo cuando tal valoración se haya de producir conforme a las previsiones legales. En este sentido, afirma el Alto Tribunal que se infringiría el art. 24.2 CE si el órgano judicial modifica un “factum de sentido absolutorio por otro de sentido condenatorio valorando pruebas sin la garantía de inmediación, sea porque el órgano judicial entienda que la Ley le impide la práctica de la prueba, sea porque no aprecie como oportuna o necesaria tal práctica”¹⁷.

Sin embargo, el Tribunal va más allá y afirma que la inmediación no debe ser la única garantía constitucional del proceso que debe respetarse en fase de apelación, sino que, muy al contrario, “deben respetarse todas las garantías del proceso, pues sin ellas no se dan los presupuestos mínimos para la defensa y para la corrección de las constataciones y valoraciones judiciales” (oralidad, inmediación, contradicción y publicidad)¹⁸.

B) la traslación de la doctrina constitucional al ámbito civil de la jurisdicción

Al objeto del presente trabajo, será necesario, por último, hacer alguna puntualización respecto de la doctrina anteriormente esbozada, ya que, resulta ineludible precisar que toda ella es confeccionada dentro del ámbito penal de la jurisdicción.

¹⁴ La doctrina del Tribunal Constitucional, hasta hace relativamente poco tiempo, se ha mostrado distante de la emanada del TEDH. A modo de ejemplo, vid. SSTC 102/1994, de 11 de marzo, FJ 3º; 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4º; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2º.

¹⁵ Pueden consultarse, entre otras, las SSTEDH de 8 de febrero de 2000, asunto Stefanelli contra San Marino, § 20; 18 de mayo de 2004, asunto Destrehem contra Francia, § 43.

¹⁶ Declaración mantenida por la jurisprudencia europea de forma constante. A modo de ejemplo, vid. SSTEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Monnell y Morris, § 58; 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani, § 24.

¹⁷ Vid. STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 5º. En los mismos términos la STC 167/2002, de 18 de septiembre, así como el ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3º.

¹⁸ Vid. STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 6º. En los mismos términos las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 94/2004, de 24 de mayo, FJ 2º; 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2º; 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3º. Así como el ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3º.

En primer lugar, se impone como inexcusable señalar que la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal de Estrasburgo es tajante a la hora de exigir la celebración de vista pública en la segunda instancia de los procesos celebrados en el ámbito penal de la jurisdicción, posicionamiento que, como hemos podido comprobar, ha sido seguido por nuestro Tribunal Constitucional. Sin embargo, esa misma doctrina admite en los procesos de otra naturaleza, por tanto también en los civiles, la posibilidad de renunciar, de forma expresa o tácita, a la celebración de una audiencia oral¹⁹.

Esta postura de la doctrina jurisprudencial europea nos sirve para comprobar el diferente alcance que se le da a los principios de oralidad e inmediación, dependiendo del ámbito de la jurisdicción en el que nos encontremos, resultando mucho más flexible su virtualidad en el proceso civil que en el penal. Esta laxitud manifestada en los procesos civiles, casa perfectamente con el análisis que hemos avanzado de nuestro recurso de apelación civil. Baste recordar que nuestro ordenamiento jurídico configura una segunda instancia, en donde no se respeta ni el principio de inmediación, ni la necesaria oralidad prevista por la Exposición de Motivos de la propia Ley, no permitiéndose repetir la práctica de aquella prueba celebrada en primera instancia.

En consecuencia, la doctrina elaborada por nuestro Tribunal Constitucional respecto del actual art. 790 LECr. (anterior art. 795), referida a la jurisdicción penal, de momento, no debemos extenderla más allá de dicho ámbito, al menos, mientras el propio Tribunal Constitucional no abra dicha posibilidad, integrando dicha inmediación y oralidad en el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías²⁰.

3. La posible solución: los nuevos medios de reproducción de la imagen y el sonido

Llegados a este punto y, a nuestro parecer, habiendo quedado claramente demostrado que la actual regulación del recurso de apelación, prevista por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, queda lejos de cumplir con los iniciales objetivos perseguidos por el Legislador del año 2000, sólo nos queda hacer alguna alusión a los elementos que, de alguna forma, intentan paliar esta clara confusión.

En un principio, se nos plantea, como primera opción, acudir a aquellos instrumentos que ya la propia Ley en su exposición de motivos planteaba como uno de los elementos más novedosos que se introducía en nuestro sistema judicial. Dicha Exposición señala que²¹:

“La documentación de las actuaciones podrá llevarse a cabo, no sólo mediante actas, notas y diligencias, sino también con los medios técnicos que reúnan las garantías de integridad y autenticidad. Y las vistas y

¹⁹ Vid. SSTEDH de 24 de junio de 1993, asunto Schuler-Zraggen contra Suiza, § 29; 21 de septiembre de 1993, asunto Zumtobel contra Austria, §§ 19 y 33; 23 de febrero de 1994, asunto Fredin contra Suiza, §§ 9, 12, y 22.

²⁰ Pensamiento defendido por HERRERA ABIÁN, *La intermediación como garantía procesal...*, op. cit., p. 225.

²¹ Previsión efectuada por la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2000 en su apartado IX, referido al Título V de la Ley.

comparecencias orales habrán de registrarse o grabarse en soportes aptos para la reproducción.”

No resulta difícil encontrar, ante la situación descrita, partidarios de intentar solventar los problemas puestos de manifiesto mediante el uso de los propios mecanismos que la nueva LEC ha puesto a nuestro servicio, en especial los nuevos medios técnicos de reproducción y documentación que podrían ayudar al órgano ad quem a llevar a término una más correcta actividad revisora²². Sin embargo, no tenemos más remedio que subrayar la evidente disparidad existente entre la práctica de una serie de actuaciones celebradas de forma oral y la revisión de esas mismas actuaciones plasmadas en diversos formatos.

En todo caso, a pesar de las limitaciones que plantea esta reproducción (no podrán percibirse con la misma claridad las expresiones, tonos y gestos de los individuos que como testigos, partes y peritos intervengan en el desarrollo de las pruebas, ni tampoco podrá el tribunal, al hilo de las declaraciones, hacer cualquier pregunta que le resuelva alguna duda), no puede negarse que si el juez ad quem, al revisar el juicio fáctico del juzgador de primera instancia, cuenta con la posibilidad de visualizar la práctica de la prueba a través del vídeo, la ruptura de los principios de inmediación y oralidad será menor que cuando sólo se cuenta con el reflejo documental del acta.

En realidad, ante la fragilidad en la que ha quedado la inmediación en la segunda instancia, debido a la reducción a su mínima expresión de la necesaria oralidad, sólo nos queda abogar, como hace parte de nuestra doctrina, por que “el Juez a quo motive y justifique ampliamente en la sentencia su valoración, sobre todo en aquellos aspectos más unidos a la inmediación. Una buena y detallada motivación puede constituir un freno a la posible discrepante valoración del tribunal de alzada. Del mismo modo debe exigirse que el tribunal de apelación fundamente de forma exhaustiva los cambios de valoración que adopte.”²³

²² Entre otros, podemos citar como defensores de esta posibilidad: GÓMEZ MARTÍNEZ, “Artículos 1 al 280” en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Coordinados por Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombáu, Barcelona, 2000, pág. 605; MUÑIZ CALAF, BERNARDINO, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, 2002, p. 365.

²³ Vid. HERRERA ABIÁN, *La inmediación como garantía procesal...*, op. cit., pp. 70-71. Con el mismo parecer, vid. RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL, “La segunda instancia en el Anteproyecto de LEC”, en *Presente y futuro del Proceso Civil*, dirigido por PICÓ I JUNOY, JOAN, Barcelona, 1998, pp. 297-298.