

SOBRE LA EXIGENCIA DE INMEDIACIÓN EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS RECURSOS ORDINARIOS

M^a Pia Calderon Cuadrado

Profesora titular de Derecho Procesal. Universitat de València

Sumario: 1.- Los dos sentidos de la inmediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2.- Su vigencia en apelación: Conocimiento directo de la actividad desarrollada en la vista, conocimiento mediato de lo actuado en la instancia: A.- La oralidad –escritura- del primer grado y su relación con los distintos sistemas de impugnación; B.- Posible negación práctica del segundo enjuiciamiento. El ejemplo del proceso penal. 3.- ¿Garantía esencial del proceso?

1.- Introducción

De la inmediación se ha dicho que constituye "una medida básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes" ¹. Asimismo puede afirmarse que tal garantía lo es de cualquier juicio -evidentemente con implicaciones fácticas- a emitir por los tribunales en el ejercicio de la potestad que le reconoce el artículo 117.3 de la CE, con independencia, por tanto, del tipo de proceso donde hubiera de vertirse. Lógico era, pues, que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil -máxime cuando se configura como norma supletoria (art. 4)- contemplara esta institución.

Pero lógico es también el escepticismo del intérprete al acercarse a la misma, otra actitud hubiera llegado, incluso, a sorprender. Como es de todos conocido el artículo 254.I de la LEC/1881 –los jueces y los magistrados ponentes, en su caso, recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba- fue reiteradamente incumplido durante sus más de 100 años de vigencia. El artículo 229.2 de la LOPJ –las declaraciones, confesiones (...) y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal-, por su parte, tampoco consiguió un cambio de planteamiento en nuestros órganos jurisdiccionales. Bastaba "pasarse cualquier mañana por cualquiera de ellos" para comprobar como mayoritariamente, siempre han existido excepciones, "los ciudadanos acudían a los juicios sin que el juez estuviera delante"². Ante esta situación no causa extrañeza esa falta de confianza inicial, aunque, ciertamente y sin perjuicio de una comprobación ulterior, la lectura de los preceptos que la sustentan sí permitían y permiten pensar que, con la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la inmediación y lo que ella significa serán una realidad.

¹ De la Oliva Santos, A., *Derecho procesal. Introducción*, con Díez-Picazo-Giménez, I., y Vegas Torres, J., editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2000, p. 76.

² Arangüena Fango, C., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigidos por Lorca Navarrete, A., I, Valladolid 2000, p. 878.

Puede que la regulación de esta garantía procesal incurra en un claro error de sistemática: la misma no se agota, aunque otra cosa pudiera parecer, con lo dispuesto en el capítulo tercero, del título V, libro I: "de la inmediación, la publicidad y la lengua oficial". El artículo 137 allí situado contempla tan sólo uno de sus aspectos: presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas y, si bien se intuye la faceta siguiente y consecuente, ésta no queda fijada hasta momento posterior, precisamente cuatro capítulos después al formular las normas relativas a las votaciones y fallos de asuntos y, en concreto, al referirse el artículo 194 a los jueces y magistrados a los que corresponde fallar los asuntos ³.

Puede también que este sistema de ordenación sea vulnerable en un doble sentido: por un lado, porque separa cuestiones estrechamente ligadas que sólo consiguen entenderse de forma conjunta, por otro, porque su tratamiento procesal difiere, o parece diferir, lo cual hace surgir, como luego veremos, dudas innecesarias.

Pero, a pesar de ello, no puede olvidarse que en la actualidad ambos aspectos de la inmediación aparecen exigidos y que el incumplimiento, al menos de uno de ellos, lleva aparejada sanción y no cualquiera, sino la nulidad radical.

2.- Los dos sentidos de la inmediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Creo sinceramente que si la inmediación se constituye, y, por tanto, se establece, como esa garantía de "justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes, en congruencia con lo que exige la libre valoración de la prueba (aunque no se debe excluir en los casos de prueba tasada o legal)", su definición debería ser única y, consecuentemente, unitaria su regulación.

No ha sido, ya lo adelantábamos, ésta la postura seguida por nuestro legislador. Para él la inmediación tiene dos significados, en principio independientes entre sí, al menos el primero del segundo. Prueba de ello no sólo serían las previsiones de los artículos 137 –presencia judicial en actos orales- y 194 – fallo por jueces y magistrados que asistieron-, sino también y previamente las referencias contenidas en la propia Exposición de Motivos:

- Se destaca, primero y con singular énfasis, las normas "so bre la necesaria publicidad y presencia del Juez o de los Magistrados —no sólo el Ponente, si se trata de órgano colegiado— en los actos de

³ La enmienda nº 63 del Grupo Socialista en el Senado pretendió, sin éxito, introducir un segundo apartado a este precepto con el siguiente contenido: "las sentencias habrán de ser dictadas por el mismo juez o tribunal que hubiera admitido y practicado la prueba, tanto en fase ordinaria como en diligencias finales".

prueba, comparecencias y vistas. Esta insistencia en normas genera les encontrará luego plena concreción en la regulación de los distintos procesos, pero, en todo caso, se sanciona con nulidad radical la infracción de lo dispuesto sobre presencia judicial o inmediación en sentido amplio".

- Se resalta, después, como innovación digna de mención, la disciplina acogida respecto a la votación y fallo de los asuntos, que tiende a "garantizar la inmediación en sentido estricto, estableciendo, con excepciones razonables, que hayan de dictar sentencia los Jueces y Magistrados que presenciaron la práctica de las pruebas en el juicio o vista. Con tales normas, la presente Ley no exagera la importancia de la inmediación en el proceso civil ni aspira a una utopía, por que, además de la relevancia de la inmediación para el certero enjuiciamiento de toda clase de asuntos, la ordenación de los nuevos procesos civiles en esta Ley impone concentración de la práctica de la prueba y proximidad de dicha práctica al momento de dictar sentencia".

No obstante, pese a ser ésta la opción legal y reconocerla como tal ⁴, referir la inmediación únicamente al primer aspecto y no al siguiente carece, en nuestra opinión, de sentido; sería tanto como frustrar la finalidad para la que fue establecida: ¿de qué sirve que las actuaciones orales se practiquen ante el juez que conoce del asunto si, después, puede dictar la correspondiente resolución otro juzgador? Evidentemente se consigue una mayor, y esencial, garantía respecto de la actividad probatoria en sí –o del correspondiente acto oral: comparecencia o vista, en su conjunto-, pero no se cumple la función prevista que va más allá de la protección de una determinada actuación.

Críticas aparte, aunque consecuentes con ellas, debemos recordar por lo que luego se dirá que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil:

a) La inmediación en sentido amplio:

1º) Se predica de cualquier trámite procesal regido por la oralidad, sea cual sea su contenido. En la rúbrica del artículo 137 se mencionan declaraciones, pruebas y vistas y en su concreta regulación se hace referencia a declaraciones de las partes y de testigos, careos, exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba

⁴ A lo mejor es un simple problema terminológico. Obsérvese como para el autor –y obra- citado en nota anterior, p. 600, la inmediación "en sentido estricto hace referencia a la presencia del juez en las diligencias probatorias y, en sentido amplio, a su presencia en juicio, comprendidos los trámites de alegaciones e informes de las partes". Para otros autores, sin embargo, el significado correcto es el legal, De la Oliva Santos, por ejemplo, ya mantuvo con anterioridad a la ley los mismos dos sentidos hoy por ella recogidos. Montero Aroca, por el contrario, ha considerado que "la inmediación solo existe cuando quien dicta la sentencia ha estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con lo visto y con lo oído, y no con el reflejo documental del acto de prueba" (*Derecho Jurisdiccional*, I, con Gómez Colomer, J.L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S., editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 378 y 379) .

que deba realizarse contradictoria y públicamente. Asimismo se alude a las vistas y comparencias, utilizando ambos términos en sentido genérico, que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución.

2º) Exige presencia judicial en la realización de tales actos. Específicamente requiere la asistencia del juez o magistrado (s) miembro (s) del tribunal que esté conociendo del asunto. Excepciones, no obstante, existen aunque nunca referidas a esa presencia judicial en sí misma considerada, sino a la competencia del correspondiente órgano jurisdiccional. Diligencias probatorias efectuadas a través de auxilio judicial o de cooperación judicial internacional e incluso pruebas anticipadas podrían ser algunos ejemplos (arts. 169, 177 y 293 a 295, entre otros).

3º) Su infracción resulta castigada con nulidad radical. El artículo 225 de la LEC determina los casos en que los actos procesales son nulos de pleno derecho remitiendo, en su nº 5, a los supuestos legalmente establecidos; la celebración de declaraciones, pruebas y vistas sin la presencia judicial sería, según el artículo 137.3, uno de ellos ⁵.

b) La inmediación en sentido estricto, quizá la que más problemas plantea:

1º) Se está refiriendo a resoluciones que hayan de dictarse tras una actuación inspirada, también y lógicamente, en la oralidad. La referencia aquí a una vista o juicio no significa que sólo sea de aplicación al proceso verbal o al ordinario -en tanto en cuanto su desarrollo procedimental incluye respectivamente un trámite con dicha denominación-, sino que ha de entenderse hecha más allá de dichos tipos procesales: sea cual sea el nombre que se le asigne a la actuación oral en sí, sea cual sea la tutela judicial que se solicite: declarativa, ejecutiva o cautelar, y sea cual sea la fase en la que nos encontremos, primera instancia o recursos ⁶.

2º) Esas resoluciones han de dictarse lo más próximas posibles a la celebración de la actuación oral. El respeto al plazo que se pueda establecer para su emisión, aunque ha de seguirse con independencia de la inmediación establecida y de la naturaleza del órgano que la dicta (unipersonal o colegiado), es un indicio que permite entender garantizada la inmediación ⁷.

⁵ Históricamente el objeto de la sanción no era el acto en sí, sino la persona del juzgador que incumplía la previsión legal. La expulsión de la carrera judicial por infracciones reiteradas (hasta tres) era el máximo castigo. Véase Gómez Martínez, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores Fernández Ballesteros, M.A., Rifá Soler, J.M., y Valls Gombau, J.F., editorial Iurgium-Atelier, Barcelona 2000, I, p. 601.

⁶ Lógicamente no nos hallaremos ante este supuesto cuando las partes hayan incomparecido al acto en cuestión. La garantía que supone la inmediación no tiene sentido entonces.

⁷ Excepciones, no obstante, existen y derivadas además de motivos diversos. Al comentario del artículo 196, disposición donde se establece el momento de la deliberación y votación de las

3º) Los sujetos a quienes corresponde su emisión son únicamente el juez o los magistrados en quienes concurra una doble condición: conozcan del asunto y hayan asistido a la vista o juicio (arts. 137 y 194), y ello aunque después de la misma "hubieran dejado de ejercer sus funciones en dicho tribunal" ⁸. En ningún caso supone vulneración de la inmediación, serían circunstancias excepcionales que confirmarían la regla, aquellas previsiones legales que permiten la práctica de la prueba ante órganos jurisdiccionales diferentes de los que deben conocer y resolver el asunto; y a los ejemplos dados nos remitimos

4º) A diferencia de lo dispuesto en el artículo 137 no se establece sanción alguna para el incumplimiento de esta exigencia. Carece de toda lógica, sin embargo, que este olvido, voluntario o involuntario, del legislador no implique las mismas consecuencias que la infracción de la inmediación en sentido amplio. Si allí se castigaba con la nulidad, nula también debería ser la resolución dictada vulnerando la inmediación en sentido estricto. Recordemos que la nulidad puede ser establecida por el legislador de forma expresa o implícita siendo posible, incluso, llegar a tal conclusión mediante inducción o analogía⁹. Ciertamente aquella consecuencia aparece expresamente prevista tan sólo respecto de la primera faceta de la inmediación, ausencia de presencia judicial en la práctica de las pruebas (art. 137); y ciertamente también al no declarar el artículo 194 la ineficacia del fallo emitido por el juez o el magistrado a quien correspondiere fallar los asuntos no puede, en principio, hablarse de nulidad "virtual". Sin embargo, sería posible concluir afirmativamente -y ello con independencia de la exigencia del artículo 238.3 de la LOPJ o, cuando entre en vigor, de lo dispuesto en el artículo 225 de la LEC- por un lado, porque no tendría alcance el propio artículo 194 cuya finalidad, estrechamente unida a la del artículo 137, es procurar la inmediación en sentido amplio, consiguientemente, y según la propia Exposición de Motivos, uno y otro aspecto; por otra parte, porque legalmente y de forma preventiva:

resoluciones nos remitimos, teniendo en cuenta que, con las lógicas diferencias, las consideraciones allí efectuadas pueden ser de aplicación a órganos unipersonales respecto de la redacción de sus decisiones (Calderón Cuadrado, M^a. P., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigidos por Lorca Navarrete, A., I, Valladolid 2000, pp. 1280-1284).

⁸ Con esta expresión el legislador salva la situación primera respecto de aquellos jueces o magistrados que, con posterioridad a la celebración del acto oral, hayan dejado de pertenecer al órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso por haberse incorporado a otro tribunal. La referencia al abandono de su actividad jurisdiccional, no en general sino con relación al juzgado o sala que conoce del asunto, no permite otra interpretación; supone la continuación del ejercicio de la misma en diverso tribunal que, evidentemente, no tiene porque ser de distinto tipo y clase del que está conociendo del asunto. En este sentido quizá la referencia más clara se encuentra en el artículo 256 de la LOPJ y su alusión al traslado del juez o magistrado.

⁹ Morón Palomino, M., *La nulidad en el proceso civil*, Barcelona 1957, pp. 88-114.

- Se regulan los cambios en el personal juzgador antes de la celebración de la vista (art. 190), pero no durante la misma o tras ella, disponiéndose su suspensión "por falta del número de magistrados necesario para dictar resolución o por indisposición sobrevenida del juez, si no pudiese ser sustituido" (art. 188).

- El artículo 192 determina, como consecuencia de la recusación formulada después de la vista, que ésta quede sin efecto debiéndose verificar de nuevo precisamente para que puedan fallar los jueces o magistrados a quienes corresponde, es decir a los que hayan asistido a la vista.

- Las excepciones previstas en el artículo 194.2, sin nulidad de lo actuado por su infracción, carecen nuevamente de sentido y no nos olvidemos de la imperatividad del artículo 256 de la LOPJ: "cuando fuere trasladado o jubilado algún juez o magistrado deliberará, votará, redactará y firmará las sentencias, según proceda, en los pleitos a cuya vista hubiese asistido y que aún no se hubieran fallado, salvo que concurriera causa de incompatibilidad o proceda la anulación de aquélla por otro motivo". Se estaría prescindiendo total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas en la ley¹⁰.

- El artículo 199 explícitamente dispone, como consecuencia para las excepciones del artículo 194.2, bien la decisión del asunto por los demás magistrados que hubiesen asistido a la vista, si compusiesen los necesarios para formar mayoría, bien la obligación de proceder a celebrar nueva vista, con asistencia de los que hubieren concurrido a la anterior y de aquél o aquéllos que deban sustituir a los impedidos desde la perspectiva jurídica que estamos examinando.

Y todo ello nos conduce a entender que el legislador parte, precisamente, de la privación de efectos del fallo dictado con vulneración de la inmediación en sentido estricto, de ahí su regulación preventiva y garantista. Implícitamente, por tanto, se establece la ineficacia y virtualmente, en consecuencia, también se estaría afirmando la nulidad como sanción.

3.- Su vigencia en apelación. Conocimiento directo de la actividad desarrollada en la vista, conocimiento mediato de lo actuado en la instancia

¹⁰ Al respecto bastaría con acudir a la jurisprudencia penal o laboral sobre la inmediación. En este orden jurisdiccional, y debe destacarse su proximidad con el civil, el Tribunal Supremo, interpretando el artículo 98 de la LPL -"si el juez que presidió el acto del juicio no pudiese dictar sentencia, deberá celebrarse éste nuevamente"-, señaló que: "la votación de las sentencias debe realizarse por los componentes de la sala que hubieran presidido el juicio, conforme se desprende de lo establecido en los artículos 252 y 257 de la LOPJ, cuyos mandatos, aplicables a todos los órdenes jurisdiccionales, adquieren mayor realce en el proceso de trabajo, en tanto que presidido por el principio de inmediación. No es admisible y constituye evidente infracción por tanto la sustitución del magistrado que hubiera formado parte de la sala que intervino en el acto del juicio por otro que no actuó en éste y que, consiguientemente, no presenció directamente las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas" (STS de 10 de junio de 1996).

La regulación que acabamos de comentar tiene carácter general. Se despliega en todos los procesos –o incidentes- de declaración, sin excepción, y en todas sus fases –recursos ordinarios y extraordinarios incluidos-, en principio, también, sin salvedad alguna. Afecta, pues, a todas las actuaciones que exijan un contacto directo del juzgador con los litigantes, testigos u otros intervinientes en el proceso y ello con independencia de que sea la oralidad o la escritura la forma elegida para su tramitación procedimental conjunta. No cabe otra interpretación. Recordemos que esta garantía aparece en el libro primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así las cosas es evidente que la inmediación debe exigirse en apelación. Que este medio de impugnación se diligencie fundamentalmente por escrito no es inconveniente alguno para mantener la afirmación anterior. Pese a que la inmediación va asociada a formas orales, ello no significa que se excluya o deba excluirse en los concretos actos de esta naturaleza, prueba principalmente, a realizar en procedimientos escritos¹¹. Aquí, ciertamente, las alegaciones fundamentales de las partes -a veces únicas- se realizarán por escrito: preparación e interposición para el apelante y oposición e impugnación para el apelado (arts. 457, 458 y 461). Pero está prevista una fase de vista que, si bien resulta preceptiva únicamente cuando se haya propuesto y admitido la práctica de prueba o cuando el tribunal lo considere necesario, de oficio o a instancia de parte (art. 464)¹², exigirá para su celebración la presencia judicial y que precisamente sean los magistrados ante quienes se realizó por conocer del asunto los que dicten después sentencia (arts. 134 y 194)¹³.

Téngase en cuenta además que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se refuerza, respecto de la regulación anterior, la inmediación cuando el órgano competente es un tribunal colegiado. El magistrado ponente en la actualidad sólo tiene facultades para “examinar la proposición de medios de prueba que las partes presenten e informar sobre su admisibilidad, pertinencia y utilidad” (art. 181.2º)¹⁴, la vista, actividad probatoria incluida, se habrá de celebrar, por tanto, concurriendo todo el colegio juzgador (art. 137.2).

¹¹ Es cierto, como señala Gómez Martínez, que puede existir oralidad con mediación, y el ejemplo que da son diligencias probatorias practicadas mediante auxilio judicial, y escritura con inmediación, pero, en mi opinión, esta situación no se produce, como él mantiene, cuando “el tribunal de apelación examina las actas para revisar la valoración de la prueba practicada en primer instancia con presencia del juez que conoció del asunto y dictó la sentencia recurrida” (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, cit., p. 600), sino precisamente cuando se celebra vista. En este sentido De la Oliva sostiene que “la inmediación es compatible con un proceso que en su conjunto no sea predominantemente oral. Porque la inmediación se ha acabado entendiendo con referencia a la práctica de las pruebas, como el contacto e intervención directos e inmediatos respecto de la actividad probatoria (...). Y esta presencia judicial en la práctica de la prueba es compaginable con un proceso en que gran parte de sus actos principales sean escritos” (ob. cit. anteriormente, p. 76).

¹² Desde luego parece lógico pensar que pretendiéndose una revisión no sólo del juicio jurídico sino también del fáctico el tribunal debiera entenderla necesaria.

¹³ O providencia, o cualquier otra resolución, recordemos el sinsentido del artículo 465.3 de la LEC.

¹⁴ A diferencia de lo dispuesto en el ya citado artículo 254 de la LEC/1881 que atribuía al ponente la

Ahora bien, no debemos olvidar que el tribunal de apelación puede actuar como tribunal de segunda instancia y entonces ha de resolver conforme al material probatorio de la primera -cuya práctica no ha contemplado- y, en su caso, al excepcionalmente introducido, con las exigencias vistas, en la segunda¹⁵. Y esto, desde luego, no parece responder a las exigencias derivadas de la inmediación en sentido estricto. Es más, admitir una situación similar -que supone en realidad que dicte sentencia juzgador distinto del que asistió al acto oral, es decir, que conforme el juicio fáctico magistrado (s) diferente (s) del que concurrió a las diligencias probatorias- conduce a pensar que aquella garantía de justicia y acierto desaparece, al menos parcialmente, en esta fase del proceso y que, por tanto, la finalidad que con ella se pretendía: la adecuada valoración de la prueba y la correcta fijación de los hechos relevantes para el proceso, previsiblemente resultará desatendida.

Si ello fuera así, y no encuentro razones para negarlo de forma absoluta, el legislador habría implícitamente establecido una nueva, y distinta a las ya mencionadas, excepción a la inmediación recogida en el artículo 194 de la LEC. Excepción justificada por la imposibilidad real de efectuar un segundo enjuiciamiento en las mismas condiciones de conocimiento, cuantitativas y cualitativas, que concurrieron en el primer examen, pero excepción también que no deja de presentar inconvenientes desde una doble perspectiva, teórica y sobre todo lógica una, eminentemente práctica la otra.

A.- La oralidad -escritura- del primer grado y su relación con los distintos sistemas de impugnación

Pese a la tesis sostenida por Alcalá Zamora y con independencia de regulaciones patrias y de otros países de nuestro entorno jurídico, la estructuración de un proceso con dos instancias técnicamente se aviene mejor a formas escritas de tramitación que a procedimientos "predominantemente orales". Para estos últimos, el sistema de impugnación "correcto" vendría dado por la configuración de recursos extraordinarios, más o menos amplios, que, por definición, no permiten situar al tribunal *ad quem* en idéntica posición a la que tuvo el juzgador *a quo* cuando dictó sentencia.

La apelación, por el contrario, en tanto en cuanto recurso devolutivo ordinario que facilita, con las matizaciones vistas, un nuevo juicio sobre el objeto litigioso, se compadece mal con procesos cuya primera instancia se inspira en criterios de oralidad e inmediación y cuya prueba se valora libremente por el órgano jurisdiccional¹⁶. Tampoco aquí se va a producir esa equiparación de conocimiento entre

función de recibir por sí las declaraciones y presidir todos los actos de prueba.

¹⁵ Sobre esta problemática, Del Rio Ferretti, C., *Revisión de los hechos mediante recurso de nulidad*, en Gaceta Jurídica, edit. Jurídica Conosur, Chile (Santiago), pendiente de publicación.

¹⁶ Aunque, como dice De la Oliva Santos, *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 76, no debe excluirse en casos de prueba tasada o legal. Los entrecorillados siguientes, de la misma obra y lugar, también son suyos.

los dos juzgadores, pero fíjense que las razones que conducen a ello son diversas: este tipo de recursos sí autoriza abrir una segunda instancia, es la mediación prevista para el tribunal de apelación la que le impediría encontrarse en una misma situación.

No obstante, conviene recordar:

1º) Que la inmediación no es predicable ni de los instrumentos de prueba escritos: “documentos, sobre todo, pero también dictámenes periciales” emitidos con esta forma, ni de los nuevos medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo, ni tampoco, lógicamente, de las alegaciones de las partes efectuadas por escrito. La posición de ambos órganos jurisdiccionales, de primera y segunda instancia, debería ser equivalente respecto a este material.

2º) Que la inmediación sí es aplicable a las exposiciones orales de los litigantes, a las diligencias probatorias personales que se realicen con esta forma, y, evidentemente, a la prueba de reconocimiento judicial. Con relación a estas actuaciones, y a pesar de su grabación por medios audiovisuales, el tribunal de apelación necesariamente se encontrará en situación diversa a la disfrutada por el órgano *a quo*. Prescindiendo y por razones obvias del reconocimiento judicial, es evidente, de un lado, que respecto de las alegaciones orales y las pruebas personales practicadas en la primera instancia el juzgador *ad quem* no podrá utilizar las nuevas facultades que, directa o indirectamente, le otorga la Ley de Enjuiciamiento para intervenir en la vista o, más concretamente, en el interrogatorio de las partes, testigos o peritos (arts. 306.1.II, 372.2 y 347); no participa personalmente. De otro lado, difícilmente podrá realizar, también respecto de estas pruebas personales, un juicio de credibilidad similar al efectuado por el inferior y por supuesto llegar a las mismas percepciones y apreciaciones de quien reconoció el objeto o persona; directamente no ha visto ni oído y desde luego no verá ni oír todo lo que pudo percibir el juez *a quo* a través de sus sentidos.

Consecuentemente, si el convencimiento del tribunal superior no ha de extraerse del contacto directo e inmediato con los distintos intervinientes del proceso, sino del examen de las correspondientes alegaciones escritas del recurso así como de los autos remitidos con existencia tan sólo de prueba documental o asimilada, es claro que en la segunda instancia y a la hora de la reconstrucción del relato histórico el tribunal de apelación, teóricamente al menos, decidirá en idénticas condiciones que el inferior. Pero si hubo actuaciones orales -pruebas personales incluidas- las mismas serán examinadas mediatamente a través de la documentación realizada y enviada con los autos. Es cierto que esta documentación puede (debe, arts. 147 y 187) haberse efectuado a través de instrumentos de reproducción del sonido y de la imagen, “sistema indudablemente mejor que extraer el

convencimiento por referencias escritas de experiencias ajenas ¹⁷”, sin embargo en pura lógica seguirá faltando la intermediación con las posibilidades que abría y que acabamos de mencionar. El órgano *ad quem* continuará obligado –en ningún caso, no nos engañemos, resultará eximido- a “narrar” los hechos¹⁸, pero complicado será que llegue a conclusiones distintas de las fijadas en la sentencia impugnada, salvo que se hayan cometido errores graves en el juicio fáctico en su conjunto, en la concreta valoración de una prueba tasada, y/o en la apreciación, según las reglas de la sana crítica, particular de alguna otra, declaración de un testigo, por ejemplo.

Y obsérvese que legislador no ha establecido respecto a los medios técnicos de documentación ni el cuándo ni el cómo se examinan en el recurso; ni el cuándo ni el cómo se reproducen las grabaciones de la instancia. En relación con este tema parece que: 1º) Si aplicamos las normas del artículo 195 podrá ser en cualquier estado de la apelación, aunque lo normal sería que se efectuara antes de dictar sentencia, en su caso tras la vista del recurso o el ponente antes de la misma. 2º) Desde el momento en que se trata de la documentación de un acto oral, la visión y/o audición deberá realizarse únicamente por los miembros del colegio sin audiencia de las partes, salvo que la impugnación se refiriera, por ejemplo, a quebrantamientos de garantías procesales cometidos durante la vista, aquí podría justificarse una cierta contradicción. 3º) Siguiendo lo dispuesto en el precepto antes citado no parece que deba ser “estudiada” conjuntamente por todos los magistrados integrantes de la sala de justicia. No obstante y puesto que el acta puede limitarse a recoger, "junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en soporte" apto de grabación y reproducción (art. 146.2), será necesario para dictar la sentencia de fondo, aquella que realizando un nuevo juicio sustituirá a la anterior, que todos los magistrados lleguen al convencimiento sobre los hechos y la aplicación del derecho y la primera operación difícilmente podrá realizarse sin una previa visión/audición –y el lugar es también desconocido-, al menos del ponente ¹⁹.

¹⁷ De la Oliva Santos, ob. cit. nota anterior, p. 78, para quien la necesidad legal de los modernos medios técnicos de reproducción y documentación "desvanecería muchos de los inconvenientes de la oralidad, pero no todos, puesto que escuchar y volver a escuchar, cómo ver y volver a ver, además de ser contrario a hábitos sumamente arraigados, no es lo mismo que estudiar textos escritos", máxime cuando aquel medio no sirve para recordar algo visto y oído (nuestro).

¹⁸ En otro lugar concluimos que el carácter sustitutivo era consustancial al doble grado de jurisdicción, que la decisión del órgano *ad quem* sustituía la del inferior tanto cuando era estimatoria del recurso, donde obviamente la segunda resolución reemplaza a la primera, como cuando contenía su desestimación. Pues bien, incluso en este supuesto es necesario un nuevo juicio aunque finalmente se concrete en una confirmación de la sentencia impugnada –lo cual no siempre es deseable y legalmente correcto- (Calderón Cuadrado M^a. P., *La prueba en el recurso de apelación penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Valencia 1999, pp. 35-38).

¹⁹ Gómez Martínez, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, cit., p. 605: "por la propia naturaleza del recurso ordinario de la apelación, el tribunal valora de nuevo la prueba, sin haber estado presente en su práctica, produciéndose, en consecuencia, una inevitable merma del principio de intermediación en este segundo grado jurisdiccional. Para evitar, en lo posible, las disfunciones derivadas

B.- Posible negación práctica del segundo enjuiciamiento. El ejemplo del proceso penal

Con estos condicionamientos teóricos, o mejor lógicos, no sabemos cuál va a ser el funcionamiento de la nueva apelación civil. Desconocemos si la práctica de los tribunales encargados de conocerla conducirá, tan sólo con las excepciones legales, a la vigencia real de la segunda instancia. Pero sí somos conscientes de las consecuencias que en el proceso penal se han derivado de introducir, tras una primera instancia oral, la posibilidad de una segunda escrita sin repetición del material probatorio: en este ámbito el respeto mayoritario a los hechos probados en la sentencia impugnada “por la singular autoridad de que goza la apreciación de la prueba realizada por el juez *a quo*” ha originado la negación práctica de la segunda instancia.

Conviene recordar que la supresión del doble grado de jurisdicción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vino justificada, fundamentalmente, por la nueva estructura del proceso penal de instancia. Conformado éste bajo el principio acusatorio y «procedimentalmente atendiendo a los principios de oralidad, concentración y publicidad» se hacía teóricamente imposible una segunda instancia donde el órgano *ad quem* tuviera que entrar a decidir sobre los hechos, valorando unos medios de prueba cuya práctica no había presenciado²⁰. Esta imposibilidad, que se entendía lógica para Alonso Martínez²¹, fue legalmente superada con el establecimiento del recurso de apelación, previsión que, sin embargo, se realizó no dando solución a aquellas cuestiones, si no todas sí la gran mayoría, que precisamente motivaron su desaparición a fines del siglo pasado²². Y ésta, y no otra, es la razón por la que, pese a

de la falta de presencia del tribunal superior en las diligencias probatorias de la primera instancia, pueden ser útiles las grabaciones del sonido y de la imagen de las actuaciones orales a las que se refiere el artículo 147 de la LEC/2000. Lo que no prevé la ley es la manera ni el momento de hacer valer estos documentos en la segunda instancia que, sin embargo, parece que deberán ser remitidos con los autos al órgano jurisdiccional *ad quem*, para integrar en el rollo de apelación”.

²⁰ Véase Montero Aroca, J., *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada 1996, pp. 14 a 20.

²¹ Aunque la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 justificara tan sólo «la sustitución de los grados de jurisdicción por la instancia única» por ser ésta uno de los mecanismos que contribuye a cambiar «la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cuál más importante: uno que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro que la pena siga de cerca de la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad», señala Arangüena Fanego, «Proceso penal y doble instancia», en *Justicia* 1994, p. 33, que su lectura «no hace sino poner de manifiesto que la única instancia aparecía en los últimos decenios del siglo XIX como un principio de indispensable acogida para hacer realidad los de publicidad, oralidad, inmediación, libre valoración de la prueba por el Tribunal colegiado y participación popular en la justicia mediante el Jurado, pilares todos ellos básicos del nuevo sistema acusatorio formal del proceso penal consagrado por las nuevas leyes».

²² Curiosamente el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de

configurarse este medio de impugnación como recurso ordinario –dejaríamos a un lado la apelación en procesos con jurado- y, por tanto, pese a no existir otra limitación en los poderes del órgano *ad quem* que la derivada de la pretensión impugnatoria, en la práctica sus facultades se hayan visto notablemente reducidas y con ellas el propio ámbito de la apelación.

Es cierto que *a priori* no se reconocen otros límites que los anteriormente descritos, pero esa necesidad de realizar el segundo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa con base fundamentalmente en una actividad probatoria ajena al propio órgano jurisdiccional hizo que, se quisiera o no, terminara por admitirse su existencia. Y ello aunque puedan distinguirse dos situaciones claramente diferenciadas: por un lado, cuando la práctica de la prueba tuvo lugar en el juicio oral únicamente, y englobaríamos la posibilidad de anticipación, por otro, cuando dicha realización se produjo en las dos instancias.

a) En el primer caso, inexistencia de actividad probatoria en apelación, es curioso observar como sea cual sea el órgano jurisdiccional obligado a pronunciarse sobre el recurso de apelación comenzará afirmando, como hace el Tribunal Constitucional, que «su naturaleza de medio de impugnación ordinario está fuera de debate e implica, con el llamado efecto devolutivo, que el Juez *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo* no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba»²³. Pero además, cuando es el propio tribunal de apelación el que debe pronunciarse, mayoritariamente suele concluir realizando dos advertencias:

Enjuiciamiento Criminal, y para defender el régimen de recursos que, frente a sentencias dictadas en proceso abreviado, recoge su articulado, indica: «Atendida la acumulación de asuntos que se registra en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en parte se verá paliada por la aplicación de la reciente reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la Ley 21/1988, de 19 de julio, se considera procedente mantener la limitación del recurso de casación a las sentencias dictadas por las Audiencias en única instancia, lo que supondrá una importante disminución del número de sentencias susceptibles de ser recurribles en casación».

²³ STC 272/1994, de 17 de octubre, BJC 1994-163, pp. 78 a 81. Muy significativas son también las Sentencias 194/1990, de 29 de noviembre, y de 3 de octubre de 1994 (Sala 1ª), ambas del Tribunal Constitucional (BJC 117/1991, pp. 37 a 45 y 163/1994, pp. 5 a 8), donde se dice respectivamente:

- «Aunque la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde en principio al juez de instancia, también el juez o tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al juez o tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se les plantean, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium*, como en reiteradas ocasiones ha afirmado este tribunal (entre otras, y por citar algunas, SSTC 124/1983; 23/1985; 54/1985 y 145/1987)».

- «En la segunda instancia cabe completar los elementos de juicio mediante la admisión, en su caso, de las pruebas propuestas y rechazadas en la primera instancia, así como practicar aquellas que, habiendo sido admitidas, no se llevaron a efecto y, por supuesto, resulta no sólo posible, sino inexcusable, la valoración del acervo probatorio con la misma libertad de criterio que en la fase anterior. Desde la perspectiva jurídica, a los hechos así determinados han de serles aplicadas las normas jurídicas pertinentes, según lo alegado, pero también con el principio *iura novit curia* por adelante. La selección y la interpretación de la norma ha de hacerse como si fuera *ex novo*».

1ª) La primera y general que «es doctrina reiterada de los Tribunales que conocen de los recursos de apelación que la valoración de las pruebas corresponde al juez de instancia que, por su posición de inmediación con el material probatorio, es quien se encuentra en una situación más favorable a la hora de efectuar una valoración del acervo probatorio practicado en su presencia, debiendo tenerse presente que es la prueba practicada en el acto del plenario la que realmente debe tenerse en cuenta a la hora de formar la convicción del juzgador en orden a efectuar o no, el correspondiente juicio culpabilístico, sin que pueda modificarse la narración de los hechos probados por él efectuada, salvo que la misma fuera manifiestamente ilógica o incongruente»²⁴.

2ª) La segunda, mucho más específica y, en nuestra opinión por ello mucho más correcta al referirse a la prueba testifical, supuesto donde la inmediación de la instancia y su ausencia en apelación adquiere mayor relevancia, que «resulta de trascendental importancia la percepción directa por el juez de las declaraciones de los testigos, función en la que es difícilmente sustituible por quien no presenció tal prueba». Consecuentemente «aunque el recurso de apelación tenga carácter ordinario y puede realizarse en él una nueva valoración de la prueba practicada en primera instancia, tal revisión ha de limitarse, por lo general, cuando tal prueba es la testifical, a examinar su regularidad y validez procesal, y en cuanto a su valoración, a verificar si las conclusiones que el juez ha obtenido resultan congruentes con sus resultados, y se ajustan a los criterios generales del razonamiento lógico, según las reglas de experiencia comúnmente admitidas. De este modo, sólo cabrá apartarse en esta instancia, sin haber presenciado la prueba testifical, de la valoración que de ella obtuvo el Juez ante quien se practicó, si se declara como probado en base a ella algo distinto de lo que dijo el testigo, si la valoración del testimonio conduce a un resultado ilógico o absurdo y, de modo excepcional, si concurren otras circunstancias de las cuales se desprenda de modo inequívoco la falsedad de un testimonio acogido como cierto o la certeza de uno no tenido en cuenta por el Tribunal, bajo los principios de inmediación y contradicción, habrá de tenerse en cuenta, entre otros elementos, su coherencia interna, su persistencia y, en su caso, su confirmación o contradicción por otras pruebas »²⁵.

²⁴ SAP de Las Palmas, de 20 de septiembre de 1993. Nótese que además se mantiene una postura sumamente restrictiva sobre la interpretación del motivo de error en la apreciación de los hechos. También SSAP de Barcelona de 1 y 29 de octubre de 1993, de Málaga, de 16 de noviembre de 1993, y de Sevilla, de 24 de mayo de 1982, donde se señala en el mismo sentido: «Una constante doctrina jurisdiccional viene determinando que el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de instrucción en los procesos penales es un recurso amplio y pleno, en cuyo seno el Tribunal *ad quem* puede examinar el objeto del mismo con igual amplitud y potestad con que lo hizo el Juez *a quo*, y, por tanto, no está obligado a respetar los hechos declarados probados por éste..., pero... en atención al principio de inmediación que informa el sistema oral en materia penal, ha de respetarse en lo posible la apreciación que de la prueba, en conjunto, haya realizado el juez de instancia, por ser el que aprovecha al máximo en la valoración de los hechos las ventajas de la inmediación».

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª) de 28 de junio de 1993. En el mismo sentido se pronuncia, entre otras, la AP de Toledo, en Sentencia de 3 de junio de 1994. Opinión

b) Y una y otra advertencia, sobre todo la primera -ese respeto a los hechos declarados probados por el juzgador *a quo-*, no pierden incluso su sentido en las hipótesis de prueba practicada en segunda instancia, si, en virtud de lo dispuesto en el artículo 795.3 de la LECrim (aplicándose al proceso civil, art. 460), hubiera existido actividad probatoria en apelación.

La postura aquí es, ciertamente, más confusa. La permisión legal está sujeta a limitaciones diversas que hacen que el material probatorio tan sólo complemente el anteriormente practicado y nunca constituya una repetición del mismo²⁶. Por ello es por lo que el segundo enjuiciamiento ha de realizarse teniendo en cuenta una prueba en parte realizada ante el tribunal *ad quem* y en parte no, lo cual conduce a que, o bien no dé valor a la actividad probatoria que presenció «por cuanto constituye una pequeña parte de todo el conjunto probatorio», o bien finalice «atendiendo sólo a la prueba ante él practicada, con olvido de la realizada en la primera instancia. Las dos situaciones son teóricamente inadmisibles, pero prácticamente inevitables»²⁷.

Es cierto que en este supuesto, no podría ser de otra manera, la jurisprudencia no es tan categórica. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 16 de noviembre de 1993, afirma, por ejemplo, que el órgano de apelación debe remitirse a la valoración del de instancia «salvo que tal valoración

también que puede apreciarse en el voto particular de la STC de 14 de octubre de 1997 (Sala 1ª), donde se afirma: «El artículo 795 en su regla 3ª de la LECrim limita los supuestos de proposición de práctica de diligencias de prueba, en el recurso de apelación, a las que no pudieron proponerse en la primera instancia, a las propuestas que le fueron indebidamente denegadas siempre que fuese formulada en su momento la oportuna reserva, y a las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión. Por consiguiente, parece -aunque pudiera admitirse otra interpretación, en el sentido de que esta regla cede, en aras de principios esenciales, cuando se trata de sustituir la absolucón por la condena-, pero ésta es una apreciación muy personal, que el Juez de la apelación salvo que se esté en presencia de algunos de estos supuestos habrá de valorar la prueba -también la testifical- sobre la base de lo que conste en el acta del juicio oral y nada más aunque en el entendimiento -todo ello, obvio es repetirlo, en la modesta manera de entender el problema- de que tendrán que hacerse efectivos al operar así todos los principios en que se inspira el proceso penal. Creo que si un Juez ha absuelto por haber nacido en él una duda respecto de la participación del imputado en el hecho delictivo que se juzga, por cualquier circunstancia como pudieron ser las posibles irregularidades que concurrieron en el oportuno reconocimiento y por las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración -lo que dijo, lo que calló, el gesto, la palidez del rostro, los titubeos, etc. del testigo-víctima, única prueba de cargo, otro Juez en grado de apelación sólo podrá sustituir la absolucón por la condena en función de la deficiente argumentación del primero, de un inequívoco error en la apreciación de la prueba, de la irracionalidad, de la falta de lógica o de la arbitrariedad del razonamiento (dichas sean estas palabras con un sentido técnico carente de cualquier apreciación peyorativa), pero no el puro voluntarismo, pese a haber actuado todos ellos dentro de la más absoluta rectitud lo que, evidentemente, no pongo en duda» (BDAPJ 1/1998).

²⁶ Desde luego las posibilidades probatorias en apelación civil son más amplias -aunque no se recoja el supuesto de imposible proposición en la primera instancia salvo que se refiera a hechos nuevos o desconocidos-, pero tampoco se permite la repetición.

²⁷ Montero Aroca, *Los recursos...*, pp. 19 y 20.

probatoria resulte manifiestamente errónea o se dispongan de otros medios de convicción por practicarse prueba en segunda instancia». Es cierto también que el Tribunal Constitucional, STC 103/1995, de 3 de julio (BOE nº 181, de 31 de julio), sigue defendiendo, e incluso exigiendo, esa amplitud de conocimiento que se deriva de construir un proceso con dos instancias. En la segunda, se indica, «cabe complementar los elementos de juicio mediante la admisión, en su caso, de las pruebas propuestas y rechazadas en la primera, así como practicar aquellas que, habiendo sido admitidas, no se llevaron a efecto y, por supuesto, resulta no sólo posible sino inexcusable, la valoración del acervo probatorio con la misma libertad de criterio que en el grado precedente». Sin embargo, será, y ha sido, ineludible -y lo será, y ha sido, además en cualquier caso, apelación con prueba o sin ella- que las restricciones del juzgador a la hora de realizar ese nuevo enjuiciamiento característico del doble grado de jurisdicción vayan, y hayan ido, más allá de las limitaciones impuestas por la pretensión impugnatoria. Lejos del propio significado de la segunda instancia, lejos incluso de las peticiones de las partes, la posición del órgano *ad quem* ante el objeto del proceso difícilmente será, y ha sido, la misma²⁸. Podrá existir adición del material probatorio, pero la idéntica, o en este caso perfeccionada, plenitud de conocimiento de que hablaba Gómez Orbaneja respecto al órgano *a quo* no podrá, ni ha podido, en realidad producirse²⁹.

Con todo, seguirá existiendo una diferencia fundamental en relación con el proceso civil. No puede olvidarse que aquí la prueba predominante es la documental, que las reglas de la sana crítica para la

²⁸ En este sentido es curioso como los partidarios de una modificación del actual sistema de recursos sostengan como argumento contrario a la casación que en la misma el tribunal no percibe «con sus sentidos la producción de la prueba, sobre todo la de los testigos y la pericial» y, en consecuencia, no puede juzgar sobre lo que no ha visto ni oído (por ello, se dirá, cuando no se prevé legalmente un recurso de apelación el mantenimiento de la casación por error de hecho en la apreciación de la prueba... no puede servir de compensación. En este sentido Ruiz Vadillo, E., «Hacia una nueva casación penal», *BIMJ*, nº 1585, 1990, pp. 5660 a 5662, y «Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral y otros problemas del proceso penal», *BIMJ*, nº 1542, 1989, p. 4219, de donde se han sacado los entrecomillados. Véase también Igartua Salaverria, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1994, pp. 133 a 135), cuando en realidad ésta es la situación en que se encuentra el propio tribunal de la apelación. No olvidemos que la oralidad de la primera instancia y la inmediación que conlleva se quiebra en la segunda, dominada por la escritura. Precisamente por ello llega a afirmarse que la posibilidad de un doble grado «lejos de constituir un perfeccionamiento del sistema procesal, supone un elemento notablemente perturbador en el seno de dicho sistema» (Vegas Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 192). Con todo seguiría existiendo una diferencia fundamental, el recurso de apelación siempre permitirá, al menos en teoría, una segunda instancia, no así el recurso de casación pese a la cierta aproximación que en la actualidad se está produciendo tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Sobre ello, Climent Durán C., «La estructura lógica del razonamiento de los escritos de alegaciones y de las sentencias», *RGD*, mayo 1991, pp. 3661 a 3699. También Montero Aroca, *Los recursos...* cit., pp. 14 a 20, y Vegas, ob. cit. anteriormente, pp. 167 a 173. Por su parte en la jurisprudencia son muy significativas las SSAP de Barcelona de 9 de diciembre de 1996, de 20 de enero de 1997 y de 18 de junio del mismo año).

²⁹ Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal Civil*, con Herce Quemada, I, Madrid 1979, p. 472.

valoración de la actividad probatoria no son exclusivas³⁰, y que su estructura no responde ni puede responder a la presunción de inocencia. Ello dejando a un lado lo dispuesto en el artículo 460 de la LEC que abre unas posibilidades al *beneficium novorum* mucho más amplias que las que se desprenden del artículo 795.3 de la LECrim.

4.- ¿Garantía esencial del proceso?

Que la inmediación se configura como institución básica del proceso -de todos los procesos, recordemos el carácter supletorio del artículo 4 de la LEC- cuando la decisión ha de ir precedida de una actuación oral, es cuestión que no parece plantear duda ninguna. La norma sancionadora del artículo 137 y las consecuencias que, expresa o implícitamente, se anudan al incumplimiento -o imposible aplicación- del artículo 194 lo confirmarían. Pero que a su vez sea una de las garantías procesales a incluir en el artículo 24.2 de la Constitución gozando, por tanto, de la protección que le brindaría su consideración de derecho fundamental, es tema mucho más discutible.

En principio, si se entendiera que el derecho a un proceso con todas las garantías se nutre única y exclusivamente de aquellos "institutos" recogidos por normas internacionales suscritas por España y no incluidas como tales en nuestro Texto Fundamental, la respuesta habría de ser claramente negativa. Al igual que lo sería si se ampliara su contenido respecto de aquellas garantías reconocidas expresamente por la jurisprudencia de órganos internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³¹. La inmediación no aparece allí en disposición alguna, ni aquí en resolución explícita al respecto.

Otra cosa sucedería si se concluyera que el artículo 24.2 de la CE establece, sin condicionamientos previos, una cláusula genérica de progresiva individualización y si en esa individualización se incluyera la garantía que comentamos³². Cabría entonces una contestación positiva que implicaría, no

³⁰ Téngase en cuenta que en un proceso penal, como afirma la SAP de Sevilla citada, no existen «pruebas tasadas» ni reglas que determinen cuál es el valor que ha de darse a cada prueba, sino que, por el contrario, todas ellas son de libre apreciación, en conciencia, por el Juez o Tribunal, como establece el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, para los Juicios de Faltas, el artículo 973 de la misma Ley».

³¹ En relación con la vinculación o no de los tribunales españoles a la jurisprudencia del TEDH respecto a los derechos recogidos en el Convenio existe una polémica doctrinal, en estos momentos no resuelta. Sobre ella y criticando la existencia de dicha vinculación puede verse Ortells Ramos, M., "El juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del TEDH", en Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Generalitat Valenciana 1998, pp. 22 a 27. El Tribunal Constitucional -entre otras, sentencia 245/1991- advierte en este sentido que dichas resoluciones carecen de efectos internos en el ordenamiento español, únicamente vinculan al Estado en el plano internacional.

³² Sobre el posible significado de este derecho, Calderón Cuadrado, M^a P., *El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, en

olvidemos, un límite para el legislador y un límite también para juzgador: ninguna norma podría ser aprobada, y si lo fuera sería inconstitucional, vulnerando la inmediación y ningún precepto podría ser interpretado excluyendo su vigencia, si así se hiciera la correspondiente actuación devendría nula. Desde esta perspectiva es evidente que la excepcionabilidad que supone la mediación en la segunda instancia debería, al menos, ser objeto de reflexión.

Desde luego no puede decirse que una interpretación similar de dicho precepto haya sido excluida por el Tribunal Constitucional, ni tampoco que la inmediación haya sido olvidada en los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución. En uno de ellos, y para justificar la estimación del amparo frente a una sentencia de apelación cuyo fallo se emitió "mediatamente", incluso llega a afirmar que es "esa restricción o no en el conocimiento, por parte del jugador llamado decidir sobre la causa, lo que determinará la relevancia de la queja; conocimiento que, según lo expuesto, se verá restringido en aquellos supuestos en que el principio de inmediación vaya unido a la naturaleza predominantemente oral en la actuación, pues, en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la apreciación verbal del material de hecho y derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial".

Sin embargo, pese a la impresión que se extrae de tales palabras, no será ésta su respuesta final. Al contrario, de una interpretación conjunta de cada resolución y de la jurisprudencia existente al respecto se deduce claramente la intrascendencia constitucional de la inmediación como garantía independiente y autónoma. Y obsérvese que siempre se la considera de forma unitaria, sin distinción entre aquellos dos significados: amplio o estricto (incluso, si debiera referirse a uno concreto el que parece haber tenido presente es aquel último sentido).

Para llegar a dicha conclusión parte el Tribunal Constitucional de una premisa correcta: el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley no se ve involucrado, y de otra claramente inexacta, al menos en el estado actual de nuestra legislación: diversa incidencia de la inmediación en función del tipo de proceso donde resulte infringida.

No se trata, ciertamente, de que aquel derecho, también recogido en el artículo 24.2, se extienda a un específico juzgador, sino de saber si quien ha conocido del asunto es el órgano competente para ello: "de conformidad con la misma y como se señaló ya en la STC 97/1987 ha de descartarse, en principio, la lesión del derecho que consagra el artículo 24.2 al juez ordinario predeterminado por la ley, pues la citada norma constitucional no se extiende a garantizar un juez concreto como pretende el recurrente,

sino que, como textualmente se afirmó en tal resolución, este derecho lo que garantiza, para un supuesto como el controvertido, es que la apelación del juicio verbal civil sea resuelta por un juez de primera instancia o por quien funcionalmente haga sus veces" (STC 64/1993, de 1 de marzo) ³³.

No se trata tampoco, y nos apartamos de una doctrina en cierta medida consolidada, de incluir la inmediación en el derecho a un proceso con todas las garantías diferenciando ámbitos jurisdiccionales, penal o civil, para otorgar dimensión constitucional en el primer caso y justificar su negativa en el segundo: "cobra especial relevancia la naturaleza civil del proceso de que trae causa la presente demanda de amparo, en el que el principio de inmediación -en relación con la práctica de la prueba- no puede entenderse de la misma manera, y afectar con similar intensidad y características que en el orden penal en el que este tribunal ha señalado su trascendencia, reiteradamente (SSTC 145/1985, 175/1985, 57/1986 y 145/1987)"³⁴. Difícilmente podrá seguir manteniéndose tal postura. El proceso civil actual también se construye de forma predominantemente oral y es en este contexto, con independencia por tanto del tipo procesal en el que nos encontremos, donde debe situarse la inmediación como garantía de justicia y acierto.

Pero no nos engañemos. Incluso cuando el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la esfera penal, afirma el alcance constitucional de la inmediación lo hace condicionándola a una posible infracción de otros derechos fundamentales: presunción de inocencia e indefensión, principalmente. Aunque este argumento no fue nunca utilizado en la confrontación con las infracciones de la inmediación civil, lo cierto es que, para la estimación-desestimación del amparo, el máximo intérprete de la Constitución siempre ha examinado aquella garantía a la luz de posibles vulneraciones de otros derechos. En la STC 55/1991, citada, apreció, por ejemplo, la inexistencia de limitaciones o disminuciones en las facultades de alegaciones y prueba. Y en otra posterior, STC 127/1992, de 29 de octubre, se concluyó afirmando que "es doctrina de este Tribunal que, pese a la trascendencia que desde el punto de vista de los derechos fundamentales amparados por la Constitución puede tener la aplicación de las normas procesales, es claro que no toda infracción procesal tiene relevancia constitucional, habiendo unido, en particular, la STC 97/1987 la trascendencia de las irregularidades procesales en la necesaria inmediación de los órganos judiciales al concepto de indefensión".

³³ Véase Córdoba Castroverde, D., *Algunas cuestiones relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley*, también en "Cuadernos de Derecho Público", nº 10, 2000, p. 98.

³⁴ STC 55/1991, de 12 de marzo. En sentido similar STC 189/1992, de 18 de diciembre, donde se dice: "la inmediación no es un requisito esencial en los procesos civiles y su falta no tiene dimensión constitucional, salvo que se acredite en el supuesto concreto, lo que no sucede en esta demanda de amparo. En el proceso civil las pruebas pueden ser realizadas ante otro órgano judicial, en este caso la confesión y la testifical se han practicado con exhorto, sin protesta alguna para las partes, y el recurso de apelación, por su propia naturaleza, revisa el proceso y las pruebas practicadas sin la nota de inmediación".

Consecuentemente, si bien superar la diferenciación entre ámbitos jurisdiccionales es técnicamente acertado, en la práctica dicha conclusión carecerá de relevancia. El Tribunal Constitucional seguirá negando la autonomía de la inmediación desde la perspectiva del artículo 24.2: Su incumplimiento, sea cual sea el proceso donde se hubiere cometido, no implicará por sí mismo quebrantamiento del derecho a un proceso con todas las garantías y para tener dimensión constitucional se exigirá siempre que se aprecie indefensión o, en su caso, destrucción indebida de la presunción de inocencia.

Si nos fijamos en aquella STC 64/1993, de 1 de marzo, donde precisamente la falta de inmediación se situaba en un recurso de apelación civil que fue fallado por magistrado distinto del que presenció la vista, se estimó el amparo porque hubo "una incidencia material en el derecho de defensa de las partes": al acto de vista "únicamente precedió el escrito correspondiente a la interposición del recurso (en el que sólo se manifestaba dicha intención, así como la referencia a la sentencia de instancia contra la que se dirigía)" y seis meses después dictó sentencia un juez diferente conforme a un acta, la que documenta la citada comparecencia, donde se "recoge sucinta y brevemente el desarrollo del acto, de forma que sólo se documenta en la misma la petición final formulada por las partes y no así los motivos o causas en que cada una de ellas basaron aquella solicitud. Los anteriores datos ponen de manifiesto la limitación que existió para el juez que dictó sentencia del conocimiento de las alegaciones realizadas por las partes y, concretamente, de la recurrente de amparo respecto del recurso que ésta había interpuesto y aquél estaba llamado a resolver, pues difícilmente pudo el juzgado considerar los fundamentos y alegaciones en que se basaba el recurso si no presenció físicamente el acto de la vista en el que se efectuaron".

Ahora bien, aunque tal dependencia pueda hoy considerarse necesaria para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de la inmediación -en tanto en cuanto no integrante en ninguno de los derechos fundamentales recogidos en el 24.2, tampoco en el derecho a un proceso con todas las garantías-, ello no puede significar que la sanción de nulidad le esté vedada a los tribunales ordinarios con independencia de la producción de indefensión, por otra parte difícilmente demostrable pues la infracción de la inmediación no incide directamente sobre las partes sino sobre el órgano jurisdiccional. Consecuentemente, incumplido el artículo 137, o incluso el 194, podrá pedirse ante los mismos una declaración en tal sentido. No obstante, recuérdese que en apelación a ello sólo se llegará respecto del trámite de vista en el recurso y no por tener que decidir el tribunal *ad quem* respecto de pruebas personales que no presenció. La excepción implícita del legislador no sería, por tanto, inconstitucional, ni tampoco, al contrario, la aplicación de las normas legales por las que se abre la segunda instancia y se resuelve en consecuencia.