

JOAN PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Rovira i Virgili
Vicepresidente del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de ESADE

Valoración de la prueba
y segunda instancia civil:
hacia la búsqueda
del necesario equilibrio

SUMARIO

- I. *Objeto de estudio*
- II. *Breve aproximación al principio de inmediación en la LEC 1/2000*
- III. *Alcance de la segunda instancia en el proceso civil*
- IV. *Análisis crítico de los argumentos que niegan el control de la valoración de la prueba civil en segunda instancia*
 - A. El debido respeto al principio de inmediación
 - B. La imposibilidad de controlar la valoración de la prueba salvo que el enjuiciamiento fáctico no responda a parámetros de lógica
- V. *Reflexión final*

I. OBJETO DE ESTUDIO

Desde hace poco tiempo se está consolidando indebidamente una doctrina judicial en las Audiencias Provinciales —entre la que se incluye alguna sección de la de Barcelona¹— en función de la cual el recurso de apelación no puede ser un instrumento para desvirtuar la valoración judicial de la prueba practicada en primera instancia pues ello supondría vulnerar el principio de inmediación (salvo que la valoración sea absurda, ilógica, irracional, etc.).

Nuestro estudio va a centrarse en demostrar la incorrección de esta doctrina judicial que, de forma peligrosa, está desnaturalizando la tradicional configuración de la apelación como una plena *revisio prioris instantiae*. Para ello, tras una breve aproximación al alcance y fundamento del principio de inmediación, examinaremos críticamente los argumentos que fundamentan dicha doctrina judicial para, finalmente, buscar el punto de equilibrio en el que, permitiendo la máxima amplitud del recurso de apelación se respete la vigencia del principio de inmediación del juicio de primera instancia.

II. BREVE APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN LA LEC 1/2000

Una de las novedades más relevante de la LEC 1/2000 fue la instauración real del principio de oralidad y, afortunadamente, como es bien sabido, ello en la práctica se está logrando.

¹ Así, por ejemplo, vid. la SAP de Barcelona —sección 13.ª— de 10 de noviembre de 2006 (número de recurso 851/2005, Ponente Dña. Isabel Carriedo Mompín); la SAP de Barcelona —sección 11— de 27 de octubre de 2006 (número de recurso 632/2006, Ponente D. Francisco Herrando Millán); o la SAP de Barcelona —sección 11.ª— de 10 de abril de 2006 (número de recurso 445/2005, Ponente D. José Antonio Ballester Llopis).

Para que este principio despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las mismas, esto es, con la inmediación del juez sentenciador. El contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hace que la justicia sea más cercana al justiciable, ya que se permite a las partes «ver la cara al Juez», en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto. Este contacto permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más certera posible, pues tendrá acceso directo a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico.

Esta exigencia de inmediación la encontramos recogida en los arts. 137 y 289.2 LEC (inmediación en sentido amplio). Y para garantizar su pleno respeto, la infracción de tales previsiones normativas se castiga con la máxima sanción procesal, a saber, la «nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones» (art. 137.3 LEC).

Además, para que la inmediación realmente surta efecto, es necesario que el juez que ha presenciado los actos probatorios orales sea el mismo que dicte sentencia (inmediación en sentido estricto) pues, de lo contrario, de nada servirá la inmediación. Esta garantía se recoge en el art. 194 LEC, que ordena dictar sentencia a los jueces y magistrados que hayan asistido al juicio o vista, aunque con posterioridad dejen de ejercer sus funciones jurisdiccionales. En caso contrario, cuando por cualquier motivo ello sea imposible, deberá repetirse el acto oral, y así lo establece el art. 200 LEC, pues de no ser así, a pesar de que la ley expresamente no lo diga, deberá decretarse la lógica nulidad de actuaciones².

El principio de inmediación encuentra, si bien de forma indirecta, un doble fundamento constitucional: por un lado, a través de la constitucionalización de la oralidad (art. 120.2 CE); y por otro, mediante el derecho a un proceso con todas las garantías. Sobre este último derecho debe traerse a colación la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional [TC] —surgida a raíz de su sentencia del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre³— que, siguiendo la sustentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sede de proceso penal, entiende que en virtud de dicho derecho el tribunal de apelación no puede revocar una sen-

² De igual modo, CALDERÓN CUADRADO, P., *El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea*, en «Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra», T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 831; y PÉREZ ASENJO, A.I., *La valoración de la prueba en segunda instancia*, en «Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil», coords. X. Abel y J. Picó, edit. J.M.ª Bosch editor, Barcelona, 2008, p. 150. Y en este sentido, también se pronuncia la SAP de Lugo —Sección 1.ª— de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006\199011) que destaca la nulidad de la sentencia por haber sido dictada por un juez distinto al que celebró el acto del juicio.

³ Si bien es justo reconocer que dicha doctrina ya había sido formulada en el voto particular del magistrado D. Enrique Ruiz Vadillo —al que se adhirió D. Manuel Jiménez de Parga— en la STC 172/1997, de 14 de octubre.

tencia absolutoria para dictar otra condenatoria en función exclusivamente de la valoración que pueda realizar de las pruebas personales prácticas en la primera instancia⁴. Así, en este caso, la STC 197/2002, de 28 de octubre destaca que «la revisión y sustitución por la Audiencia Provincial de la valoración efectuada por el Juzgado de lo Penal de las pruebas practicadas en el acto del juicio, sin respetar el principio de inmediación [...] no tiene que ver propiamente con el derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que es en el que se integra la exigencia de inmediación y contradicción (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 9, por todas)»⁵.

III. ALCANCE DE LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO CIVIL

Tradicionalmente, la segunda instancia ha sido configurada en nuestras leyes de enjuiciamiento civil como una *revisio prioris instantiae*⁶, caracterizada por la posibilidad que tiene el tribunal superior de controlar toda la actividad procesal desarrollada por el juez *a quo* y la corrección de la sentencia de fondo⁷. En consecuencia, como indicó CHIOVENDA, el tribunal *ad quem* se encuentra frente a la demanda en la misma posición que el juez de primer grado en el momento de ir a fallar, correspondiéndole los mismos poderes y los mismos deberes⁸.

Esta configuración de la segunda instancia es la que inspira la regulación de la LEC: así, el punto segundo del párrafo XIII de su Exposición de Motivos indica que «La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada». Y por ello, el art. 456.I LEC dispone: «En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante

⁴ Para el estudio de la aplicación de esta doctrina del Tribunal Constitucional al ámbito del recurso de apelación civil me remito al interesante trabajo de CALDERÓN CUADRADO, P., ob. cit., pp. 847 a 852.

⁵ Esta doctrina se mantiene en la actualidad: así, vid. las recientes SSTC 132/2009, de 1 de junio; 120/2009, de 18 de mayo; o la 16/2009, de 26 de enero.

⁶ FAIRÉN GUILLÉN, V., *El razonamiento de los tribunales de apelación*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 31.

⁷ Sin ánimo de extendernos en este punto, porque excedería los límites del trabajo, somos conscientes de que la segunda instancia española tradicionalmente también ha permitido, si bien con carácter excepcional, la formulación de nuevos hechos y la práctica de nuevas pruebas, lo que le aparta, en cierta medida, del modelo de *revisio prioris instantiae* para acercarlo al del *novum iudicium*.

⁸ CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, traducción de E. Gómez Orbaneja, 1.ª edición, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, p. 382.

aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

Y este modelo de apelación es plenamente constitucional: así, la STS —Sala 1.ª— de 6 de mayo de 2009, en su f.j. 2.º, destaca: «La apelación coloca al juzgador de segunda instancia en la misma posición del de la primera, con plenitud jurisdiccional para la valoración de la prueba»⁹. Y, de igual modo, la STC 3/1996, de 15 de enero destaca: «En nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una *revisio prioris instantiae* en la que el tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (*quaestio iuris*)»¹⁰.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS QUE NIEGAN EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIVIL EN SEGUNDA INSTANCIA

Los dos argumentos que con frecuencia se utilizan para negar en apelación el control de la valoración de la prueba civil practicada en la instancia son los de proteger el principio de inmediación, y el carácter restrictivo de la regulación del recurso de apelación, argumentos ambos que pasamos a examinar críticamente.

A. El debido respeto al principio de inmediación

En el ámbito estricto del proceso civil, encontramos numerosas resoluciones de Audiencias Provinciales que impiden en apelación el control de la valoración de las pruebas personales practicadas en la instancia por vulnerar el principio de inmediación. Así, suele afirmarse que permitir dicho control supondría un atentado a los arts. 137 y 194 LEC reguladores, como hemos indicado, de la inmediación en sentido amplio y restrictivo, respectivamente.

En esta línea, podemos destacar la SAP de Barcelona —sección 11.ª— de 27 de octubre de 2006¹¹, en cuyo fundamento jurídico tercero afirma: «Se centra el recurso en la errónea valoración por el Juez a quo de los medios de prueba obrantes en las actuaciones. Ciertamente la valoración de los medios de prueba practicados en la instancia, se acomoda a los principios de inmediación, oralidad y contradicción entre las partes procesales, todo ello a presencia del órgano jurisdiccional».

⁹ Sentencia n.º 295/2009, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

¹⁰ De igual modo, vid. sus sentencias 272/1994, de 17 de octubre; o 194/1990, de 29 de noviembre, entre otras muchas.

¹¹ Número de recurso 999/2005, Ponente D. Francisco Herrando Millán.

diccional que ha de resolver en la instancia. Tanto la documental, como la testifical es de libre apreciación por el Juez, supeditándose a los principios de la sana crítica y a la razón de conocimiento de los hechos percibidos por el testigo que expone a presencia judicial (art. 376 LEC). Dado el principio de inmediación del Juez a quo en el desarrollo del proceso y práctica de los medios de prueba, no se aprecia vulneración de principio alguno que implique error en su juicio de valor. En el fondo, la parte procesal intenta suplir el criterio objetivo, imparcial del Juez a quo por el subjetivo, interesado, parcial aunque legítimo de la parte. Lo que lleva a la desestimación del recurso»¹².

Y por su claridad y síntesis expositiva, merece destacar también la SAP de Toledo —sección 2.ª— de 16 de octubre de 2006¹³, en cuyo fundamento jurídico segundo indica: «Dada la naturaleza del motivo de impugnación implícitamente formulado, debe comenzarse por recordar que la inmediación sitúa al juez de primera instancia en una posición privilegiada para valorar la prueba practicada en su presencia, lo que, unido al principio de libre valoración, motiva que sea frecuente entre las Audiencias entender que el control que puede hacerse en esta segunda instancia de la valoración efectuada por el Juez a quo debe ceñirse al respeto de las reglas relativas al *onus probandi*, a la legalidad de la prueba practicada y a la razonabilidad y ausencia de arbitrariedad de las apreciaciones y conclusiones que se extraen de dichas pruebas (vid. sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia de 4 de mayo de 2001, de Vizcaya de 11 de abril de 2002, de Salamanca de 9 de septiembre de 2002, de Asturias de 29 de octubre de 2002, de Palencia de 26 de diciembre de 2002, de Alicante de 2 de julio de 2002 ó 31 de enero de 2003, de Córdoba de 21 de febrero de 2003...), postura que ha adoptado esta Audiencia en sentencias precedentes (vid. por todas las sentencias de 17 de diciembre de 2003)». Desde esta perspectiva, no puede hacerse reproche alguno a la valoración que hace el juzgador del resultado que arroja la prueba (conclusiones fácticas impugnadas) en función del cúmulo de impresiones directas que el principio de oralidad e inmediación le permite, pudiendo aquél apreciar personalmente su resultado así como la forma de expresarse y conducirse de los testigos y las partes en la narración de los hechos. Así no existe obstáculo legal o procesal que impida otorgar mayor credibilidad a la declaración de uno o de varios testigos frente a la versión ofrecida por otros o por las partes, no siendo revisable la prueba practicada en la instancia en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el Juzgador al no intervenir esta Sala en la actividad probatoria, evitando con ello el riesgo de incurrir en in-

¹² Curiosamente, en esta sentencia existe una total e injustificada falta de motivación judicial sobre las razones por las cuales el tribunal entiende que no existe error en el juicio de valor efectuado por el juez de instancia, y en menos de media página resuelve («despacha») el recurso.

¹³ Número de recurso 315/2006, Ponente D. Rafael Cáncer Loma.

terpretaciones subjetivas. En síntesis, existe el soporte probatorio que justifica los razonamientos esgrimidos por el Juzgador de instancia y el alcance que se le atribuye a las declaraciones oídas, y éstos en nada pugnan con las reglas de la lógica y los principios de las experiencias»¹⁴.

También en la doctrina encontramos autores que mantienen esta tesis: así, por ejemplo, MONTERO AROCA y FLORS MATÍEZ destacan: «Por ello tratándose de pruebas personales, como la testifical, la única inmediación es aquella de la que goza el tribunal de instancia, a quien corresponde su valoración conforme a los principios de oralidad y su consecuencia la inmediación, debiendo prevalecer esa valoración salvo que se evidencie un fallo en el razonamiento lógico o en el *iter inductivo* del juzgador de instancia, o cuando por el mismo se establezcan afirmaciones o conclusiones arbitrarias o absurdas, y lo mismo debe decirse cuando se trata de la prueba pericial»¹⁵.

Lo cierto es que la actual configuración legal del recurso de apelación, como revisión plena del material —fáctico y jurídico— de la primera instancia, nos conduce a un panorama «confuso» o «contradictorio» entre la oralidad y segunda instancia¹⁶: por un lado, la amplitud de control del material probatorio practicado en primera instancia, y por otro, la necesidad de respetar la valoración probatoria realizada por el juez *a quo*.

Este debate ha venido a complicarse por la citada doctrina del TC sobre el alcance constitucional del principio de inmediación en el proceso penal, inspirado también por el principio de oralidad. El primer interrogante que debemos resolver es el de su posible aplicación al proceso civil: si bien es cierto que todas las resoluciones del TC hacen referencia sólo al proceso penal¹⁷, en principio dicha doctrina podría aplicarse también al proceso civil pues su fundamento se si-

¹⁴ Y al margen de las sentencias ya citadas, en esta misma línea, vid. también la SAP de Salamanca —sección 1.ª— de 18 de septiembre de 2006 (número de recurso 148/2006, Ponente: José Ramón González Clavijo).

¹⁵ MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍEZ, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 287; e igualmente, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5.ª edic., edit. Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 634 a 637.

¹⁶ Adjettivos empleados respectivamente por CALDERÓN CUADRADO, P., ob. cit., p. 809; y PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil (Facultades de las partes y poderes del tribunal «ad quem»)*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 360.

¹⁷ Y respecto al mismo se han alzado fundadas reflexiones que someten a crítica dicha jurisprudencia en la medida en que la imposibilidad de controlar el resultado de la inmediación puede convertirse «en una suerte de *blindaje* del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar [...] (lo que conduce) a la consagración de un subjetivismo infiscalizable que se traduce en puro decisionismo» (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*, en «Jueces para la Democracia», núm. 46, 2003, pp. 59 y 61); «en un cheque en blanco para motivar menos» (IGARTUA SALAVERRIA, J., «El nombre de la "inmediación" en vano», en «La Ley», 2003, T. 2, p. 1729); lo que fomenta «el arbitrio de los juzgados de lo penal» (GIMENO SENDRA, V., *La inmediación en la 2.ª Instancia y las sentencias arbitrarias de la primera*, en «La Ley», núm. 6876, 5 de febrero de 2008, p. 2).

túa no en la presunción de inocencia —lo que podría limitar el alcance de tal doctrina al proceso penal— sino al derecho a un proceso con todas las garantías, vigente en cualquier tipo de proceso.

Sin embargo, esta doctrina debe limitarse a sus justos términos:

a) No debe entrar en juego cuando existen otros medios de prueba no personales (documentos, dictámenes periciales, o instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen); cuando el resultado de la prueba de instancia se desvirtúa por nuevos elementos probatorios practicados en la apelación; cuando estemos ante cuestiones estrictamente jurídicas; o cuando el enjuiciamiento fáctico se fundamente en presunciones o afecte a datos objetivos ajenos a la declaración del interrogado¹⁸.

b) No puede entrar en juego cuando se hayan grabado audiovisualmente las actuaciones probatorias, por lo que la operatividad de la citada doctrina del TC en el proceso civil será menor ya que, a diferencia del penal, por imperativo legal, se graban todas aquellas actuaciones probatorias desarrolladas en el juicio o vista. Por ello, aun siendo cierto que la inmediación lograda en primera instancia no será la misma que la que pueda lograrse mediante un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen (art. 187 LEC)¹⁹, no es menos cierto que los magistrados de la Audiencia Provincial pueden revisar las declaraciones de las partes, testigos y peritos²⁰, y contrastarlas con la motivación fáctica de la sentencia²¹. Con ello, se garantiza la plena virtualidad y eficacia del recurso

¹⁸ Como, por ejemplo, dar menor o mayor credibilidad a la declaración testifical al estimar o desestimar la tacha del testigo interrogado.

¹⁹ Al faltar la percepción original inmediata es posible que algunos aspectos del lenguaje corporal se limiten en cierta medida, como también es cierto que al tribunal no le será posible formular aclaraciones al declarante. Sin embargo, otros aspectos de su lenguaje sí podrán controlarse: la inseguridad, titubeo o nerviosismo en las respuestas, el tono de voz, la firmeza y rapidez en las contestaciones, la mímica, los silencios, las rectificaciones o respuestas evasivas, la capacidad explicativa, etc.). En este sentido, vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador*, en «Jueces para la Democracia», núm. 48, 2003, p. 87; y JORGE BARREIRO, A., *Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación* (STC 167/2002), en «Jueces para la Democracia», núm. 48, 2003, p. 79.

²⁰ Cuestión distinta es determinar cuándo y cómo los magistrados de la sección civil de la Audiencia Provincial pueden efectuar el visionado del CD o DVD. En principio, no debe haber problema alguno para que el ponente pueda convocar al resto de magistrados integrantes de la sección para realizar dicho visionado en cualquier momento de la resolución del recurso de apelación. Al respecto, vid. GARCÍA PAREDES, A., *Un nuevo recurso de apelación*, en «La Ley», núm. 6952, 23 de mayo de 2008, p. 2.

²¹ En la misma línea, PÉREZ ASENJO destaca que: «Resulta indudable que el contacto directo con las partes y las pruebas personales producen una serie de inconscientes sensaciones, pero entiendo que esas, como las que se inducen de la valoración conjunta de la prueba, las reglas de la experiencia y todo aquello que nos permite crear nuestro convencimiento sobre cómo han sucedido unos hechos, deben quedar perfectamente reflejados en la valoración que de la prueba se haga en la sentencia. De esa forma se permite que en apelación se haga un juicio crítico sobre la misma que junto con el visionado de las pruebas permita discrepar o no de aquella valoración mediante unas explicaciones concretas al caso, fundamentadas y ajustadas perfectamente a una racionalidad que se entiende inherente tanto al juzgado de instancia como al de apelación» (ob. cit., p. 155).

de apelación, pues se asegura su plena naturaleza legal de revisión de todo lo practicado en la instancia (la *revisio prioris instantiae*), y no podemos olvidar que el derecho al recurso legalmente previsto forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva²²⁻²³. Precisamente, para facilitar el correcto cumplimiento de la función legalmente prevista a este recurso, se exige la citada grabación²⁴, que de no existir y alegarse en apelación error en la valoración de la prueba personal deberá originar la nulidad de actuaciones, pues la Audiencia Provincial carecerá de toda posibilidad para juzgar acerca de la corrección de dicha valoración probatoria²⁵.

Además, para que pueda procederse válidamente a la revisión del material probatorio en la segunda instancia, es necesario que los magistrados de la audiencia provincial razonen el por qué dan más credibilidad o valor a una prueba que a otra, esto es, exterioricen su particular valoración de la prueba, pues el deber constitucional de motivar la sentencia comporta que expresen los elementos o razones de juicio que permitan al justiciable conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan. En este sentido, sumamente ilustrativa es la reciente STS —Sala 1.ª— de 6 de mayo de 2009²⁶, que anula una de la Audiencia Provincial de Granada por estimar un recurso de apelación y variar la valoración probatoria de los hechos controvertidos sin justificar el porqué no se toman en consideración las pruebas valoradas en la instancia. En concreto, en su

²² Este razonamiento lo encontramos en ANDRÉS IBÁÑEZ, P., ob. cit., p. 66; y GIMENO SENDRA, V., ob. cit., p. 2. Y, de igual modo, PÉREZ ASENJO destaca que «respecto de la revisión del material fáctico entiendo que se produce una desnaturalización del derecho al recurso, como segunda instancia de revisión íntegra del primer fallo, si negamos el control fáctico de lo discutido» (ob. cit., p. 158); y HERRERA ABIÁN considera que la imposibilidad de revisar la valoración de la prueba en segunda instancia para proteger la inmediación «provoca(n) un comportamiento *contra legem* que desnaturaliza la segunda instancia civil [...] (esta tesis) es exagerada y poco acorde con los principios que informan la apelación y configuran su alcance» (*La inmediación como garantía procesal*, edit. Comares, Granada, 2006, pp. 67-68).

²³ Sin embargo, éste no es el parecer del TC, quien en su reciente sentencia 120/2009, de 18 de mayo (f.j. 7.º), también exige la repetición de la prueba en apelación aun cuando exista grabación audiovisual del juicio oral. Pese al debido respeto que merece el Alto Tribunal, entiendo que se equivoca en su planteamiento. Como vemos, para la «revaloración» de la prueba en segunda instancia, el TC exige el mismo grado de inmediación que en la primera instancia, pero ¿cómo puede exigirse esto si la propia configuración legal del recurso de apelación no permite repetir la práctica de pruebas en segunda instancia? Precisamente, para dar respuesta a este interrogante, están los modernos medios de reproducción del sonido y la imagen, que permiten trasladar la inmediación de la primera instancia a la segunda, posibilitando al recurso de apelación cumplir plenamente con su función revisora. El debate está abierto.

²⁴ Éste constituye el motivo básico de la introducción de los modernos medios de reproducción del sonido y la imagen (otra razón es la de asegurar un mecanismo de prueba para verificar la nulidad de actuaciones del art. 137.3 LEC, esto es, la que se deriva de la ausencia de la debida presencia judicial en tales actos, acabando así con la dinámica adquirida durante muchos decenios de «corruptela procesal» consistente en dar por inmediato actuaciones realizadas en ausencia del juez).

²⁵ Como destaca la SAP de Salamanca de 27 de junio de 2006, f.j. 3.º (La Ley 175146/2006).

²⁶ Sentencia n.º 295/2009, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

f.j. 2.º, destaca: «Es cierto que, en ocasiones, la declaración de no haberse probado los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones y excepciones de las partes no requiere una especial exégesis dada la propia impronta negativa de la declaración, sin embargo, lo que no cabe es hacer caso omiso de las pruebas obrantes en autos [y valoradas por el juzgador de instancia] sin explicar por qué no se toman en cuenta. Y finalmente, no resulta admisible pasar por alto una valoración tan minuciosa, precisa y concreta (con independencia de si es o no acertada) como la de la sentencia del Juzgado, sin dar una explicación por la que no se toma en consideración. La apelación coloca al juzgador de segunda instancia en la misma posición del de la primera, con plenitud jurisdiccional para la valoración de la prueba, pero la *revisio prioris instantiae* en que consiste el recurso no le autoriza para prescindir de las apreciaciones del juzgador *a quo* sin dar otras razones distintas, o decir por qué se rechazan, lo que se conculca cuando se efectúan afirmaciones apodícticas sin razonamiento alguno (STC 6/2002, de 14 de enero), o se elude cualquier referencia a los concretos hechos que está llamado a juzgar y hurta cualquier motivación que permita al recurrente comprender por qué adopta una determinada decisión sobre cada uno de ellos». Más claro imposible.

En definitiva, entendemos que esta posición intermedia —que ni permite revisar indiscriminadamente en apelación las pruebas personales practicadas en la primera instancia, ni niega con rotundidad dicho control— es la que posibilita resolver correctamente el «estado de confusión» o contradicción entre inmediación y segunda instancia. Así, por un lado, permite a la segunda instancia cumplir con su función revisora, y por otro lado, está acorde con las exigencias legales de la inmediación: la LEC pretende garantizar la inmediación, y ésta se da tanto en primera instancia, asegurando que el juez que ha estado presente en la práctica de las pruebas personales es quien dictará sentencia (arts. 137 y 194 LEC), como en la segunda, donde también los magistrados de la Audiencia Provincial deben estar presentes en la práctica de la prueba en la vista (art. 464.1 LEC) que valorarán para dictar su sentencia, e igualmente podrán someter a enjuiciamiento crítico la prueba practicada en la primera instancia al tener acceso directo a la misma gracias a los modernos soportes de reproducción del sonido y la imagen²⁷.

²⁷ Por todo ello, entendemos que debe seguir vigente la clásica jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo según la cual «el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado y puede según su libre y prudente arbitrio apreciar las pruebas como considere que en justicia procede, y en tal sentido puede desde luego apoyarse en una prueba que le merezca mayor credibilidad y desatender las demás, según las circunstancias del caso y de los autos que tenga ante sí» (STS de 29 de abril de 1991, fundamento jurídico segundo, RA 3105). Sería de aplicación aquí la doctrina de la STC 55/1991, de 12 de marzo, en la que deniega la infracción del principio de inmediación y, en consecuencia, vulneración del derecho a no quedar indefenso del art. 24.1 CE, por haber dictado sentencia un juez distinto del que presenció el juicio y practicó la prueba, por entender que «las pruebas han encontrado su fiel y exacto reflejo documental en autos, de forma que la totalidad de su contenido ha podido ser examinado por la titular

En conclusión, sólo cuando no exista el citado soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, al haberse sustituido por un acta realizada por el Secretario Judicial, o bien estos instrumentos no tengan la calidad suficiente para verificar su propio contenido²⁸, podrá plantearse la aplicación de la citada jurisprudencia del TC pues, en este caso, ningún tipo de intermediación de la primera instancia será apreciable en la segunda²⁹, pudiéndose incluso solicitar la nulidad de actuaciones por infracción de las normas de procedimiento causantes de indefensión material cuando se formula la apelación alegándose error en la valoración de la prueba, pues se impide al tribunal de apelación poder enjuiciar la indebida valoración probatoria del juez *a quo*³⁰.

B. La imposibilidad de controlar la valoración de la prueba salvo que el enjuiciamiento fáctico no responda a parámetros de lógica

En ocasiones las Audiencias Provinciales evitan valorar el resultado de la prueba practicada en primera instancia por entender que esa es una función que no les corresponde, salvo que el razonamiento judicial de instancia sea ilógico, irracional, arbitrario, incongruente, absurdo, etc. Como claro ejemplo de este tipo de argumentación puede destacarse la SAP de Granada —sección 4.ª— de 7 de julio de 2006³¹, que deniega el motivo de apelación basado en error en la valoración de la prueba con base a la siguiente argumentación (fundamento jurídico primero): «[...] la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída

del órgano para resolver el litigio. No existe, pues, limitación de conocimientos de lo actuado, sino, antes bien, transcripción fehaciente de todo lo que se alegó y acreditó por ambas partes en la causa, a efectos de la resolución final del proceso». De igual modo, vid. la jurisprudencia mencionada por CABAÑAS GARCÍA, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, edit. Trivium, Madrid, 1992 (nota 436); BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2000, p. 108; y PÉREZ ASENJO, A.I., ob. cit., p. 147 (nota 17); y RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, T. II, edit. Atelier, Barcelona, 2008, p. 1460 (nota 5). En la misma línea de pensamiento, cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *Artículo 137. Presencia judicial en las declaraciones, pruebas y vistas*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», T. I, coords. M.A. Fernández, J.M.ª Rifa y J.F. Valls, edit. Iurgium-Atelier, Barcelona, 2001, p. 605; MUÑOZ CALAF, B., *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002, p. 365; HERRERA ABIÁN, R., ob. cit., pp. 69-70; PÉREZ ASENJO, A.I., ob. cit., pp. 151, 152 y 155. Sin embargo, en contra, vid. MONTERO AROCA, J., ob. cit., pp. 636-637; y PASCUAL SERRATS, R., ob. cit., p. 361.

²⁸ Así, por ejemplo, imaginemos la grabación parcial del acto procesal oral, o la grabación sin audio.

²⁹ Por esta razón, con referencia al proceso penal, es del todo necesario establecer la exigencia legal que obligue la plena grabación de los juicios orales, pues sólo así podrá replantearse la aplicación de la citada doctrina del TC: en este sentido, vid. LÓPEZ COIG, *La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los tratados internacionales?*, en «La Ley», 2006, T. 4, p. 1774; y GIMENO SENDRA, V., ob. cit., p. 3.

³⁰ En este sentido, por su carácter sumamente gráfico y didáctico me remito a la citada SAP de Salamanca de 27 de junio de 2006 (La Ley 175146/2006).

³¹ Número de recurso 644/2005, Ponente D. Moisés Laguen Alcón.

da a los litigantes, que si pueden proponer las pruebas que la normativa legal autoriza, principio dispositivo y de rogación, pero en modo alguno tratar de imponerlas a los Juzgadores (STS 23.9.96), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador de instancia hizo de toda la prueba practicada, por la valoración que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al Juez *a quo* y no a las partes (STS 7.10.97), habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los Órganos Judiciales por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1.3.94). Y es que las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba (STS 25.1.93), en valoración conjunta (STS 30-3-88), con el predominio de la libre valoración, que es potestad de los Tribunales de instancia a efectos de casación, pero cuyo criterio es también predicable en parte respecto del recurso de apelación, porque el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca arbitraria transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida a la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez *a quo* de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso. Por ello, dado que los preceptos de la LEC relativos a las pruebas no contienen reglas valorativas sino admoniciones a los jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido, para destruir una conclusión presuntiva del juzgador debe demostrarse que ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, un camino erróneo, no razonable, o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio, constituyendo la determinación de dicho nexo lógico y directo, un juicio de valor que está reservado a los Tribunales y que hay que respetar en tanto no se acredite que es irrazonable»³².

Este tipo de razonamiento adolece de un error conceptual básico: confundir el recurso de apelación —ordinario— con el de casación —extraordinario—, y de hecho, si nos fijamos en su exposición, observamos la cita continua de sentencias del Tribunal Supremo, cuya doctrina tiene sentido en sede de casación pero nunca en apelación, ya que el recurso ante el Alto Tribunal en ningún caso da lugar a una tercera instancia en la que pueda enjuiciarse la errónea valoración de la prueba de los hechos. Sin embargo, el recurso ante la Audiencia Provincial sí es precisamente una segunda instancia, por lo que la anterior doctrina judicial pre-

³² De igual modo, vid. las SSAP de Pontevedra —sección 2.ª— de 5 de julio de 2006 (EDJ 2006/256038); de Salamanca —sección 1.ª— de 18 de septiembre de 2006 (RA 138/2006); o de Palencia —sección 1.ª— de 13 de junio de 2006 (EDJ 2006/259245).

tende transformar el recurso de apelación en una suerte de recurso extraordinario. La diferencia es clara³³. Por ello, en segunda instancia puede procederse libremente a «revalorar» los resultados de la prueba practicada, sin limitarse a corregir errores manifiestos o valoraciones ilógicas, absurdas o irracionales de los jueces de instancia.

V. REFLEXIÓN FINAL

La configuración de la segunda instancia como una *revisio prioris instantiae* es compatible con la posibilidad de controlar la valoración judicial de las pruebas personales practicadas en la primera siempre que exista la oportuna grabación audiovisual de lo realizado en dicha instancia, no suponiendo ello una vulneración de la debida garantía procesal de la inmediación judicial.

Siendo conscientes de que ello no es una opinión pacífica, pues ciertamente el grado de inmediación no será el mismo en ambas instancias, entendemos que nuestra tesis supera los inconvenientes de las diferentes propuestas que se han formulado para evitar la problemática aquí analizada:

— En primer lugar, se ha indicado la posibilidad de permitir a las partes que puedan volver a solicitar en apelación la práctica de las pruebas personales erróneamente valoradas por el juez de instancia³⁴. Al margen de que ello exigiría modificar el art. 460.2 LEC, que en apelación limita la actividad probatoria a instancia de parte a aquella que no haya sido admitida o realizada ante el juez *a quo*, lo cierto es que la práctica generalizada de pruebas en segunda instancia atentaría contra la naturaleza revisora del recurso de apelación³⁵, probablemente serviría de poco debido a que se perdería el necesario grado de sorpresa que hay en todo interrogatorio libre³⁶; e iría en detrimento de la rápida resolución del recurso —que en la actualidad ya no se resuelve dentro de los plazos legalmente previs-

³³ Y en este sentido se ha pronunciado desde siempre nuestro Tribunal Supremo: así, ya en su sentencia de 29 de abril de 1991 (RA 3105\1991), en su f.j. 2.º, destaca que «el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado y puede según su libre y prudente arbitrio apreciar las pruebas como considere que en justicia procede, y en tal sentido puede desde luego apoyarse en una prueba que le merezca mayor credibilidad y desatender las demás, según las circunstancias del caso y de los autos que tenga ante sí».

³⁴ Cfr. PASCUAL SERRATS, R., ob. cit., pp. 359 y 362; y HERRERA ABÍAN, R., ob. cit., p. 69.

³⁵ Así, PÉREZ ASENJO, A.I., ob. cit., pp. 152-153.

³⁶ Como apunta ANDRÉS IBÁÑEZ, «el examen de las fuentes de prueba personales en régimen de inmediación no puede reiterarse sino es al precio de una importante pérdida de autenticidad, y de fiabilidad, por tanto de los datos que pudieran obtenerse. Ello es debido a que el uso de los correspondientes medios probatorios y el conocimiento por los sometidos a ellos del resultado ya atribuido a sus aportaciones en una primera apreciación, condicionan —de forma no necesariamente consciente, aunque también— ulteriores comportamientos» (ob. cit., p. 66).

tos—, penalizando así el derecho al proceso en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas³⁷;

— En segundo lugar, también podría pensarse como solución permitir que la Audiencia Provincial pueda actuar su iniciativa probatoria con las diligencias finales y ordenar la repetición de aquella prueba personal cuya revisión pretenda realizar pues, como indica la STS de 16 de mayo de 2007 (La Ley 1190/2007), si bien estas diligencias no están previstas en segunda instancia «tampoco están prohibidas» por lo «que prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española frente a una imprevisión de la ley». Sin embargo, entendemos que no se reúnen los requisitos del art. 435.2 LEC para las diligencias finales, pues en la instancia ha habido actividad probatoria plenamente conducente pero erróneamente valorada por el juez *a quo*.

— Y, finalmente, en tercer lugar, se ha propuesto modificar la regulación del recurso de apelación para excluir la errónea valoración de la prueba³⁸, si bien ello supondría eliminar la tradicional configuración de este recurso como ordinario para convertirlo en extraordinario, prescindiéndose de la garantía de una verdadera y plena segunda instancia.

³⁷ En la misma línea, CALDERÓN CUADRADO indica que para aceptar esta solución «habríamos de ser conscientes del coste de tiempo y de las dificultades de una nueva comparecencia» (ob. cit., p. 852).

³⁸ Cfr. PASCUAL SERRATS, R., ob. cit., p. 361.