

TEMA IV

LA PRUEBA OFRECIDA EN EL RECURSO DE APELACION

¿La falta de calificación de los medios probatorios en el recurso de apelación y la falta de pronunciamiento sobre los mismos en la sentencia de vista previamente admitidos o no, acarrearán la nulidad de la sentencia de vista?

Primera ponencia:

Si, la falta de calificación de los medios probatorios ofrecidos y no valorados en el recurso de apelación acarrea la nulidad de la sentencia de vista, de igual forma sucede, con la falta de pronunciamiento del Superior en la resolución de vista sobre los medios probatorios admitidos o no aparejados al recurso de apelación, puesto que se vulnera los derechos a la defensa y a la prueba.

Segunda ponencia:

No, la falta de calificación de los medios probatorios presentados en el recurso de apelación, invocando o no el artículo 374 del Código Procesal civil y la falta de valoración en la sentencia de vista de dichos medios probatorios, no acarrearán la nulidad de la sentencia de vista, puesto que es necesario que éstos sean trascendentes para resolver la materia controvertida.

Fundamentos de la primera ponencia:

En la Casación Nro. 958-2003-Puno, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de abril de 2004, refiere que la recurrente ofreció nuevos medios probatorios en el recurso de apelación y si bien no invocó el numeral 349 del Código Procesal Civil, ello no obsta para que el Colegiado Superior se pronuncie respecto al rechazo o admisibilidad de dichas pruebas, situación que no sólo crea incertidumbre respecto de la suficiencia de las pruebas que sustentan la demanda, sino que además ha ocasionado que el apelante vea limitado su derecho de defensa, lo cual acarrea la nulidad del fallo. Asimismo, en la Casación 1509-2007-Lima, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, señala que los ejecutados cumplieron con ofrecer, como medios probatorios en su escrito de apelación de sentencia, habiendo el Superior Colegiado omitido pronunciarse respecto a estos medios probatorios, razón por la cual se hace evidente la trasgresión del deber de valorar adecuadamente los medios probatorios actuados, lo que acarrea la nulidad de la sentencia de vista. De otro lado, en la sentencia Nro. 65-2010-La Libertad, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, se indica que el demandante impugnó la

sentencia de primera instancia a través del recurso de apelación presentado ciento trece de copias legalizadas de letras de cambio, en relación a si dichos medios probatorios debieron ser merituados y/o valorados por el Ad Quen, ya que fueron presentados en calidad de nuevos medios probatorios, la demandada refirió que los mismos debieron haber sido presentados en el acto de postulación; sobre el particular, si bien el artículo 374 del Código Procesal Civil, señala una serie de requisitos y procedimientos para que el órgano superior jerárquico incorpore medios probatorios ofrecidos en el recurso de apelación de sentencia, no menos cierto es que dichas instrumentales, debieron haber sido merituadas por el órgano superior que resolvió la apelación, ya que el derecho a la prueba tiene por finalidad el convencimiento del órgano jurisdiccional, por lo que declara la nulidad de sentencia de vista.

Fundamentos de la segunda ponencia:

Se sustenta en la Casación Nro. 2450-2008- La Libertad, en la cual se establece que el artículo 374 del Código Procesal Civil regula de manera excepcional y desde una interpretación restrictiva el ofrecimiento de medios probatorios en la apelación de sentencias siempre y cuando se configuren los siguientes presupuestos: a) la concurrencia de los hechos relevantes; y, b) constituyan documentos de data posterior al inicio del proceso; es decir, la prueba debe estar orientada a demostrar los hechos necesarios de prueba para que se considere pertinente, en el presente caso, la Sala Civil, al resolver el conflicto intersubjetivo, no admitió ni rechazó en forma expresa los medios probatorios aportados por la recurrente al interponer su recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, sin embargo, los medios probatorios aportados al citado recurso no son relevantes para la materia controvertida y no se subsume en el artículo 374 del Código Procesal Civil, por lo que, en virtud del principio de subsanación, al no haberse admitido o rechazado tal ofrecimiento no influye en el sentido de la decisión arribada por los órganos jurisdiccionales, por consiguiente, la casación formulada se desestima por infundada.

N°	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
1.	HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. El recurso de Apelación. Gaceta Jurídica. Lima, 2008. Pág. 196-207.	0425
2.	LA HOZ LORA, Ricardo. La naturaleza inductiva de la prueba judicial y su motivación. En: Ponencias desarrolladas del XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal - Medios probatorios (Teoría General de la Prueba) Arequipa, Octubre-2005. Pág. 47-55.	0433
3.	PICÓ I JUNOY, Joan. Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio. En: Revista Jurídica de Cataluña N° 3-2009. Pág. 52-64.	0445
4.	CASACIÓN N° 65-2010-La Libertad. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 156. Pág. 135-138.	0455
5.	CASACIÓN N° 2450-2008-La Libertad. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 148. Pág. 202-205.	0461
6.	CASACIÓN N° 1504-2007-Lima Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia	0467
7.	CASACIÓN N° 958-03- Puno Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia	0471

Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

La Prueba en la Apelación

... La resolución de vista [...] declaró improcedente el recurso de apelación y nulo el concesorio por haber sido interpuesto el recurso en forma extemporánea, por lo que no estaba obligada a resolver la apelación concedida con la calidad de diferida, porque a falta de apelación el artículo trescientos sesentinueve del Código Procesal Civil, en su parte final dispone que ello determina la ineficacia de la apelación diferida... (Casación Nro. 2516-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7191).

... Mediante Ejecutoria Suprema [...] la Sala [Suprema] declaró la nulidad de la sentencia de vista [...] y ordenó al Tribunal Superior emitir un nuevo fallo con arreglo a Ley; [...] tal pronunciamiento se sustentó en que la impugnada no había resuelto la apelación concedida con calidad diferida [...] no obstante lo ordenado por esta Sala [Suprema], la Corte Superior emite la sentencia que se viene impugnando sin emitir pronunciamiento respecto a la citada apelación, reiterando el vicio por el que ya en la anterior oportunidad hubiera conocido esta Corte [Suprema], causando la dilación del proceso en perjuicio de las partes intervinientes; [...] si bien en el fallo que se recurre aparece fundamentación respecto a la aludida apelación en la parte considerativa, esta Sala Casatoria se ve impedida a integrar el fallo al no ser una instancia de trámite [...] por lo anterior se tiene que la sentencia de vista no ha expresado la decisión respecto a todos los puntos controvertidos, produciéndose la vulneración del artículo ciento veintidós inciso cuarto del Código Adjetivo [C.P.C.]; debiendo sancionarse la nulidad a tenor de lo dispuesto en el artículo ciento setentuno del acotado Código [C.P.C.]... (Casación Nro. 1114-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7000-7001).

... Por Resolución [...] se declara infundada dicha tacha [contra documentos], pues la actora no ha acreditado la invalidez de los mismos, no siendo suficiente la simple invocación, posteriormente dichos documentos han sido adjuntados legalizados; en la misma Audiencia, el abogado de la accionante formula apelación, concedida [...] sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida; [...] la sentencia de vista [...] omite pronunciarse sobre la apelación concedida, incluyendo dicha tacha sobre la pretensión sustantiva, por lo que es menester pronunciarse sobre la validez, invalidez o falsedad de dichos instrumentos, para no afectar el derecho del debido proceso y la doble instancia de los justiciables... (Casación Nro. 2600-00 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7200-7201).

... Se aprecia [...] que la parte emplazada interpuso recurso de apelación contra el extremo de la resolución expedida por el juez que declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante, medio impugnatorio que fue concedido sin efecto suspensivo y con la calidad de diferido, es decir que tal apelación debía ser resuelta por el Colegiado [Superior] conjuntamente con la sentencia, en consecuencia la articulación referida a la excepción mencionada solo podía ser considerada resuelta en sede judicial cuando la Sala de Revisión se pronunciara respecto a ella, es decir que la declaración de saneamiento del proceso estaba condicionada a lo que el Colegiado [Superior] resolviera sobre el medio de defensa referido; además de ello, debe tenerse en cuenta que el último párrafo del artículo ciento veintuno del Código Adjetivo [C.P.C.] faculta a las instancias de mérito ha pronunciarse [sic: léase a pronunciarse] a través de las sentencias que expidan,

respecto a la validez de la relación procesal... (Casación Nro. 604-01 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7496).

7. LA PRUEBA EN LA APELACION

Véscovi nos informa que:

... En la mayoría de las legislaciones que siguen nuestros sistemas se admite, en forma excepcional, la apertura a prueba en segunda instancia (...), especialmente las referidas a hechos nuevos y a aquellas probanzas que la parte no hubiera podido procurársela pese a su diligencia. Diríamos: que sin culpabilidad no pudo agregar al proceso.

En todos estos casos cabe referirse a hechos relevantes o circunstancias decisivas; no se admite el diligenciamiento de lo que se puede calificar de *pruebas superficiales* (VESCOVI, 1988: 151).

Redenti, acerca de la prueba en la apelación, expresa que "... al (...) propósito de no yugular la posibilidad de defensa de las partes que hayan sido mal informadas, imprevistas o hasta negligentes o mal defendidas en primer grado, se debe (...) la facultad (...) de producir nuevos documentos y deducir nuevas pruebas. Se retorna con ello al criterio tradicional en virtud del cual se ponía en boca del apelante: *non deducta deducam, non probata probabo* [deduciré lo que no deduje, probaré lo que no había probado]. Y se acentúa (...) el carácter experimental o de ensayo que (...) puede presentar o adoptar la primera fase del proceso" (REDENTI, 1957, Tomo II: 90).

Liebman anota que, "... por lo que se refiere a las pruebas (en segunda instancia), es opinión consolidada en la jurisprudencia que pueden ser admitidos medios de prueba nuevos pero no, en cambio, la nueva proposición o renovación de medios ya propuestos en primer grado, o no asumidos por haberse verificado la decadencia; son admisibles, en cambio, también los mismos medios si se refieren a hechos diversos de los asumidos en primera instancia, aun cuando estén dirigidos a probar hechos que ya fueron objeto de prueba en aquella instancia..." (LIEBMAN, 1980: 487).

Sobre el particular, Levitán señala que:

... Las partes podrán presentar los documentos de que intenten valerse en la alzada. Pero deben concurrir dos supuestos: a) ser de fecha posterior al llamamiento de autos para sentencia en primera instancia; b) ser anteriores a aquella fecha, pero entonces el presentante debe afirmar que no había tenido antes conocimiento de ellos.

Este pedido debe formularse fundándolo, es decir, dando una explicación verosímil, del por qué de su desconocimiento. Debe el petitioner proveer copia de esta presentación, que requiere firma de letrado" (LEVITAN, 1986: 71).

En relación al tema que acapara nuestra atención, Gallinal manifiesta lo siguiente:

... En cuanto al recibimiento a prueba de la causa en segunda instancia o a la apertura del término probatorio, por regla general, no procede dicho recibimiento en segunda instancia, porque todo ha debido proponerse o practicarse en la primera; pero por vía de equidad, se establece los casos de excepción, en los que es admisible (...).

En segunda instancia, se discuten las mismas acciones y las mismas excepciones: ¿por qué, pues, negar a las partes, el derecho de aportar al asunto debatido, pruebas decisivas, que antes se vieron imposibilitadas de aportar? Dos son las circunstancias a que debe atenderse para la concesión de la prueba en segunda instancia: 1.ª, influencia en el asunto de la que pretende practicarse; 2.ª, imposibilidad, por parte del que la propone, de haberla propuesto o de haberla practicado antes.

La primera de estas circunstancias, no basta por sí sola. Si el que propone una prueba de esa clase en segunda instancia, pudo proponerla y practicarla en primera, a nadie podrá culpar de no haberlo hecho. Pero la segunda circunstancia no necesita de la concurrencia de la primera. El que no pudo proponer pruebas en primera instancia, por no haberse hallado presente al juicio, el que, propuesta, no pudo practicarla por habersele denegado o por causa que no estuvo en su mano remover, justo es que la proponga y practique respectivamente en segunda instancia" (GALLINAL, s/a, Tomo II: 110).

Según Benavente:

"Una de las características del recurso de apelación es la de que el tribunal puede revisar todas las cuestiones de hecho y de derecho que se hayan promovido en primera instancia.

En segunda instancia la regla general es que no se admite prueba alguna (...).

Pero puede ocurrir que, en concepto del tribunal de alzada, no se encuentre suficientemente acreditado algún hecho necesario para la acertada resolución del fallo.

En tal evento el tribunal de alzada puede hacer dos cosas:

1. Ordenar de oficio una medida para mejor resolver (...), abriendo un breve término de prueba si lo estima necesario (...).
2. Admitir las pruebas que las partes interesadas en la apelación, el apelante o el apelado, le ofrezcan rendir. Se producen, entonces, las pruebas que no hayan podido rendirse en primera instancia, por causas independientes a la voluntad de las partes.

(...)

Para que esta prueba pueda producirse en segunda instancia se exige la concurrencia de tres requisitos: a) que no haya podido producirse en primera instancia; b) que verse sobre hechos que no figuren en la prueba rendida, y c) que sea estrictamente necesaria en concepto del tribunal para la acertada resolución del juicio... " (BENAVENTE, 1989: 175-176).

Ibáñez Frocham, en lo que añade a la prueba en segunda instancia, hace estas precisiones:

"... Las facultades instructorias del tribunal de segunda instancia son limitadas y quedan reducidas a lo absolutamente indispensable. En principio (...) (1a) Alzada va a operar con el mismo material de hechos que lo hizo el a quo.

Hay, pues, prohibición de producir ni admitir prueba en segunda instancia. Esta regla admite algunas excepciones, que, como tales, son de interpretación restrictiva.

En la apelación (...) y sin necesidad de abrir la causa a prueba con sus consiguientes trámites y términos, nuestros códigos (argentinos) permiten agregar documentos y exigir confesión en las condiciones que puntualizan (...).

(...)

Para los otros medios de prueba (testigos, pericial, etc.), debe pedirse la apertura de la causa a prueba. Se requiere:

- a) Que se trate de un hecho nuevo. El hecho debió invocarse en primera instancia en la demanda, o contestación o reconvencción, o en su contestación (...). (...) El hecho nuevo en segunda instancia, conducente al pleito, debe haber sido ignorado antes o posteriormente a la oportunidad que se tuvo para invocarlo en primera instancia.

- b) Que se trate de prueba ofrecida en primera instancia y que, por motivos no imputables al litigante, no se hubiere practicado allí, como por ej., la ausencia momentánea del testigo, o el extravío de la cosa objeto de la pericia.

(...) Ovío es decir que la prueba aportada en segunda instancia (...) será apreciada por la alzada originariamente como juez de los hechos; y puede ser tan decisiva que por sí sola destruya o reconstruya la de primera instancia (...).

Pero en la limitación de la prueba en segunda instancia debe verse una restricción más a las facultades de los tribunales de apelación, cuya función específica es de contralor y no de instrucción" (IBÁÑEZ FROCHAM, 1963: 202-204).

A decir de Monroy Cabra:

"... En la apelación de sentencias, pueden pedirse pruebas en la ejecutoria del auto que admite el recurso, (...) siempre que la parte se encuentre en uno de los casos (...) siguientes:

- 1) Cuando todas las partes las pidan de común acuerdo.
- 2) Cuando, decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

Así, pues, se requiere: a) que haya una prueba que se dejó de practicar; y b) sin culpa de la parte que la pidió, aspecto este que analiza el superior (...). Se debe probar que la no asistencia de la parte o del testigo o la no práctica de la prueba se debe: a fuerza mayor o caso fortuito, o a culpa del juez, en cuyo caso la parte no puede sufrir las consecuencias del incumplimiento de los deberes de dicho funcionario. Si la prueba se produjo pero le faltaron requisitos de producción, como el traslado del dictamen pericial, este puede contraerse en segunda instancia para la publicidad y contradicción de la prueba (...).

- 3) Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos. En este caso, el término probatorio solo es para demostrar o desvirtuar el hecho nuevo. El hecho nuevo debe referirse a la causa *petendi*, porque si es extraño al *petitum* o a las excepciones, no es conducente.

- 4) Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria (...).
- 5) Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior" (MONROY CABRA, 1979: 345-346).

Azula Camacho enseña que en la apelación de sentencias hay lugar a período probatorio con el objeto de practicar pruebas en los casos que enuncia a continuación:

- "a) Cuando lo solicitan todas las partes (...).
- b) Cuando las decretadas en primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento (...).
- (...)
- c) Cuando verse sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solo para demostrarlos o desvirtuarlos (...).
- (...)
- d) (...) Cuando es necesario aducir documentos que no pudieron aportarse en el curso de la primera instancia por haber mediado fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria; y cuando la contraparte de quien los pide pretende desvirtuarlos.
- (...)
- e) Cuando el funcionario judicial decreta pruebas de oficio (...).
- f) Cuando el superior debe imponer condena en concreto omitida total o parcialmente por el inferior, o para extenderla hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia (...).
- g) Para convertir las pruebas allegadas cuando el proceso está en el despacho del juez para dictar la sentencia de primera instancia. Se refiere expresamente a las pruebas practicadas por conducto de comisionado y las de carácter documental allegadas con posterioridad al ingreso del expediente al despacho para dictar sentencia, cuando no han sido controvertidas, que son los requisitos esenciales, por que al juzgador de primera instancia no le es dable tenerlas en cuenta, pero el superior, de oficio o a petición de parte, debe ordenar el trámite para que cumplan con esa formalidad..." (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo II: 337-339).

Al respecto, Prieto-Castro y Ferrándiz hace estas apreciaciones iniciales:

"En cuanto al material instructorio, en la instancia de apelación pueden ser aportados hechos y pruebas que temporalmente caen dentro de la primera instancia, según la amplitud que para tales efectos (...) la misma tiene asignada, y otros que están originados con posterioridad.

(...)

(...) No es preclusiva la primera instancia en todos los casos en que el Tribunal de apelación no compare el criterio del inferior, que denegó algún medio de prueba en aquella instancia; entonces se trata solamente de aportación de pruebas, puesto que los hechos fueron alegados en la primera instancia.

Igual sucede siempre que (...) por cualquier circunstancia no imputable a la parte no hubiese podido aportar en primera instancia la totalidad o alguno de los medios de prueba propuestos para hechos ya afirmados en ella, o cuando se trata de hechos de la primera instancia no conocidos durante la misma (hasta el momento preclusivo de su alegación), caso en el cual ha de estimarse admisible la aportación en segunda instancia de esos hechos de nuevo conocimiento y la producción de las pruebas aptas a acreditarlos (...). Especialmente para documentos, la ley declara admisibles en la segunda instancia todos los ya existentes en la primera, pero no aportados por ser desconocidos o de imposible adquisición. Por consiguiente, el legislador (...) sólo aplica el principio de concentración en la primera instancia y su derivada, la preclusividad, para el intento de producir nuevas pruebas que no hubieren sido propuestas en dicha instancia sobre hechos ya alegados en ella y para la alegación de hechos conocidos en la repetida instancia y aportación de pruebas acerca de los mismos..." (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1953: 538-539).

El indicado jurista español, continuando con lo concerniente a la prueba en segunda instancia, apunta que:

"... Las limitaciones puestas a la apelación para el uso de materiales que proceden de la primera instancia persiguen asignar a ésta el mayor contenido posible, en tanto en cuanto no sean obstáculo consiente y drásticamente impuesto contra la averiguación de la verdad fáctica y jurídica de la controversia.

(...) En la concesión de oportunidades durante la apelación para completar con hechos y pruebas el material ya recogido en la primera instancia, independientemente de lo que en ella ocurra, es donde se advierte si un sistema procesal considera a la segunda instancia como una continuación de la primera, en la que se discute acerca de las pretensiones que constituyen el objeto de la demanda, y no simplemente una etapa destinada a inspeccionar lo ocurrido en la primera, sobre todo del lado del juez que dirigió el procedimiento y dictó la sentencia.

(...) (Se) concede el recibimiento a prueba en la segunda instancia para hechos que puedan ser causales de la resolución ('de influencia en la decisión del pleito') ocurridos con posterioridad al momento preclusivo de proposición de pruebas en primera instancia, y (se) alude en especial a los documentos que se hayan constituido también después del momento hasta el cual es admisible su presentación en dicha instancia. Es obvio que al admitirse los hechos ha de permitirse que se aleguen" (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1953: 540-541).

Prieto-Castro y Ferrándiz señala, además, sobre el particular lo siguiente:

"... La admisión de materiales que han surgido después de pasada la oportunidad de su empleo en primera instancia es sencillamente la obligada consecuencia de atribuir a la apelación el carácter de una nueva etapa del juicio único que continúa su andadura, e inconcebible, por tanto, que pudiese llegar a su meta sin haber recogido los materiales que durante la misma aparezcán y se ofrezcan al Tribunal, porque la sentencia de apelación no difiere de la que recae en primera instancia en cuanto a la definición de la controversia según los hechos extraprocesales y procesales que existen y hayan se subsunirse en las normas jurídicas (...).

(...)

En consecuencia, todos los hechos nuevos (...) y sus pruebas de influencia para la decisión, complementarios de los aducidos en la primera instancia, todas las pruebas que con esa misma relevancia subsanen la falta o el fracaso de ellas respecto de los hechos alegados en primera instancia o las completan, todos aquellos hechos y pruebas que sirvan para introducir en la causa motivos de defensa o excepciones para el demandado (desaparición de la base constitutiva de la demanda, hechos obstructivos o exiñtivos) y las circunstancias que atecien al valor de las pruebas practicadas en primera instancia, (...) han de admitirse incondicionalmente en apelación si se quiere que los Tribunales de este grado decidan sobre realidades y no sobre lo que ya no exista y sea una pura ficción. Este es el verdadero *novum*, y los únicos problemas que la ley ha de resolver son los que atañen a ser o no circunstancias posteriores a la primera instancia y a la relevancia determinante de la admisibilidad. Acreditado el primer extremo se excluye cualquier cuestión sobre la negligencia y la chicana" (PRIETO-CASTRO Y FERRAN-DIZ, 1953: 557-558).

Prieto-Castro y Ferrándiz, en cuanto al tema que nos ocupa, concluye de esta manera: "... El *beneficium novorum* para los materiales situados temporalmente en la primera instancia no debe reconocerse en apelación como principio abierto o sin limitaciones, sino tan sólo en la medida que haga aparecer a la segunda instancia como una continuación complementadora de la primera (...).

(...) Un sistema jurídico no podrá ser calificado de formalista y atentatorio a la verdad ni a la exactitud del Derecho si aplica el principio preclusivo para cuantas aportaciones intente la parte en la segunda instancia, sin razón alguna capaz de justificar el no haberlas realizado en la primera. La pérdida de la oportunidad de hacer uso de los materiales ya existentes y omitidos, en definitiva no sería sino la consecuencia de una regla de utilidad y economía del derecho (...).

(...) Se podrá llevar a la apelación todos los materiales que, siendo conocidos de la parte, no hubiese podido razonablemente aportar por una causa objetiva o no imputable a ella (...). Y todos aquellos otros casos de que la parte nada supiese (v. gr., se adquiera una nueva versión de los hechos, existía un ignorado testigo conocedor de los hechos, se recibe noticia de que un tercero tenía el único ejemplar del documento, etc.).

Bien miradas las cosas, es mucho más grave la prohibición de innovar con materiales que han surgido en apelación (después de la primera instancia), que aquella otra acerca de los materiales temporalmente pertenecientes a la primera instancia. La admisión de los medios instructorios que están situados en el tiempo de la apelación (...) confiere a ésta el carácter de una etapa subsiguiente del juicio único; la prohibición, como regla, de innovaciones con elementos que ya existiesen durante la primera instancia, equivale a reconocer, a su vez, que la primera instancia ha de tener institucionalmente un contenido muy vinculante y muy respetable. La admisión ilimitada del *beneficium novorum* para los materiales que durante dicha instancia existían ya, nos parece un exceso (...).

(...) Como requisitos de admisibilidad, ha de exigirse la novedad real y la utilidad (relevancia) (...). El Tribunal de apelación examinará y decidirá cada caso para evitar actuaciones y gastos innecesarios" (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1953: 561-564).

Lo que concierne a la prueba en la apelación es objeto de regulación en el artículo 374 del Código Procesal Civil, desprendiéndose de dicho numeral lo siguiente:

A) Sólo se pueden ofrecer medios probatorios en el escrito en que se apela una sentencia dictada en un proceso de conocimiento o abreviado o en el escrito en que se absolue agravios en dicha clase de procesos. Al respecto, resultan concordantes los artículos 559 -inc. 3)- y 761 -inc. 5)- del Código Procesal Civil que tratan sobre la improcedencia del ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia en los procesos sumarisimos y en los no contentiosos, respectivamente.

B) El referdo ofrecimiento de medios de prueba en segunda instancia es procedente únicamente en los siguientes casos:

a) Cuando los medios probatorios versan sobre hechos relevantes para el derecho o interés materia de debate judicial, que hayan ocurrido en fecha posterior al término de la etapa postulatoria del proceso, etapa en que normalmente deben ser ofrecidos los medios de prueba (si los medios probatorios estuviesen referidos a hechos acaecidos antes de dicha fase procesal, entonces, deberán ser declarados inadmisibles por el órgano judicial revisor).

b) Cuando se trate de documentos expedidos luego del inicio del proceso.

c) Cuando se trate de documentos que comprobadamente no se hayan podido conocer u obtener antes del inicio del proceso.

C) Los medios de prueba ofrecidos en segunda instancia que no estén dentro de las hipótesis contempladas en el artículo 374 del Código adjetivo serán declarados inadmisibles por el Juez ad quem, quien expedirá la respectiva resolución, la misma que tiene la calidad de inimpugnable.

D) Si los medios de prueba ofrecidos en segunda instancia fuesen admitidos por el órgano jurisdiccional revisor, deberán ser actuados en la correspondiente audiencia, cuya dirección correrá a cargo del Juez menos antiguo si aquél se tratase de un órgano colegiado.

7.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con el ofrecimiento de medios probatorios en la apelación

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al ofrecimiento de medios probatorios en la apelación, ha establecido lo siguiente:

"... El ordenamiento procesal permite que las partes procesales ofrezcan medios probatorios con motivo de la interposición del recurso de apelación a fin de sustentar la ocurrencia de hechos nuevos, sea mediante un medio probatorio propio, que acontece cuando una circunstancia fáctica ocurre con posterioridad al inicio de un proceso y que tiene relevancia para resolver la litis, o mediante un medio probatorio impropio, que acontece antes del inicio del proceso pero que recién pudo ser conocido por el interesado con posterioridad, conforme lo establece el artículo trescientos setentecuatros del Código Adjetivo [C.P.C.]..." (Casación Nro. 2726-01 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-07-2002, pág. 8934).

"... La excepción recogida en el artículo trescientos setentecuatros del Código Procesal Civil [sobre ofrecimiento de medios probatorios en la apelación de sentencias] sólo está prevista para causas que se tramitan en vía del proceso de conocimiento o en vía de proceso abreviado, siendo que la presente litis versa sobre separación convencional y ulterior divorcio, corresponde su tramitación a las reglas previstas

para los procesos sumarisimos; y por ende no le es aplicable la norma alegada..." (Casación Nro. 3862-00 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7355-7356).

"... De acuerdo con lo dispuesto en el artículo trescientos setenta y cuatro del Código Procesal Civil, sólo en los procesos de conocimiento o abreviado pueden las partes ofrecer medios probatorios en segunda instancia y como este juicio es en la vía sumarisima, la prueba presentada en la Sala Superior no podía ser apreciada por ésta..." (Casación Nro. 2188-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7176-7177).

"... El presente proceso se desarrolla en la vía sumarisima, y expresamente el inciso tercero del artículo quinientos cincuenta y nueve del Código Adjetivo [C.P.C.] señala la improcedencia del ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; sin embargo, el Aquem no toma en cuenta dichas normas, admite el informe y prueba [...] alterando el debido proceso, por lo que se incurrir en causal de nulidad insalvable conforme lo prescribe el artículo ciento setentuno del acotado Código [C.P.C.]..." (Casación Nro. 3154-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7437-7438).

"... Tramitándose la presente causa en la vía ejecutiva no es factible ofrecer medios probatorios extemporáneos en la apelación de la sentencia..." (Casación Nro. 3165-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-07-2002, págs. 8994).

"... El ofrecimiento de medios probatorios con el recurso de apelación se limita a los procesos de conocimiento y abreviado, conforme lo prescribe el artículo 374 del Código Procesal Civil, no siendo permitido en un proceso de ejecución de garantías..." (Casación Nro. 1539-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2004, págs. 12616).

"... Tratándose el presente incidente de una apelación sin efecto suspensivo, ésta se tramita de conformidad con lo dispuesto por el artículo 377 del Código Procesal Civil, el cual no prevé el ofrecimiento de pruebas en segunda instancia, toda vez que tal circunstancia está reservada sólo a las apelaciones de sentencias en procesos de conocimiento y abreviado..." (Casación Nro. 2695-2002 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-08-2004, págs. 12469).

"... La empresa [...] se apersonó al proceso formulando contradicción, sin embargo, mediante resolución [...] el Juzgado declaró improcedente la misma por no fundarse en las causales previstas en el artículo 700 del Código Procesal Civil. [...] Habiendo precluido la etapa postulatoria mal podría meritarse los documentos ofrecidos por la empresa co-ejecutada en su escrito de apelación [...] Consecuentemente con lo anterior se llega a la conclusión de que la Sala Superior ha contravenido las normas que garantizan el derecho al debido proceso al haber declarado nula la sentencia de primera instancia, disponiendo que el Juez [...] tenga en consideración la documentación presentada con el recurso de apelación..." (Casación Nro. 465-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, págs. 8959).

"... Los documentos anexados al escrito de apelación [...] no reúne [sic] léase no reúnen] las formalidades del artículo 374 del Código Procesal Civil, ya que no fueron ofrecidos como medios probatorios..." (Casación Nro. 791-2001 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8008).

"... La mencionada norma [art. 374 del C.P.C., sobre ofrecimiento de medios probatorios en la apelación de sentencias] establece que en caso de que dichos medios probatorios sean admitidos, es decir sean recepcionados por el Colegiado, declaración que no implica una calificación de los mismos, se fijará fecha para una audiencia especial probatoria..." (Casación Nro. 650-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7906-7907).

"... En aplicación del principio de contradicción o de bilateralidad, el cual implica que todos los actos procesales deben realizarse con el conocimiento previo y oportuno de las partes, los medios probatorios que se ofrezcan con el escrito de apelación y que sean admitidos por el Colegiado, deben ser puestos en conocimiento de la otra parte, a fin de garantizar su derecho de defensa, en virtud del cual puede plantear las cuestiones probatorias que estime pertinentes o cuestionar la eficacia probatoria de los mismos en la misma audiencia especial [probatoria]..." (Casación Nro. 650-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7906-7907).

"... No obstante no existir pronunciamiento expreso a la admisión o no de los medios probatorios ofrecidos por la demandada en su escrito de apelación, y al no haberse llevado a cabo la audiencia especial de pruebas, el Colegiado los valoró y fueron tomados en cuenta a efectos de sustentar su decisión jurisdiccional, infringiendo evidentemente el derecho a un debido proceso..." (Casación Nro. 650-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7906-7907).

"... La Sala [Superior] declaró improcedente los medios probatorios sobre copias del diligenciamiento de la prueba anticipada [...] ofrecidas en segunda instancia a través del escrito de fojas [...], toda vez que no fueron ofrecidos en el recurso de la apelación de la impugnante, por tal razón tampoco puede alegarse falta de valoración de la prueba ofrecida, cuando ésta no fue admitida..." (Casación Nro. 460-01 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7483-7484).

"... Se denuncia [...] la afectación del derecho al debido proceso y que no se proveyó ni se convocó a la Audiencia Complementaria a que se refiere el artículo trescientos setenta y cuatro del acotado ordenamiento procesal [C.P.C.] en virtud a los medios probatorios nuevos presentados con su recurso de apelación; empero, debe tenerse presente [...] que tratándose éstos sólo de documentos, su valoración no requiere necesariamente de Audiencia Complementaria y habiéndolos valorado la Sala Revisora sin considerarlos enervantes del pronunciamiento del A-quo, en realidad no existe afectación alguna del derecho al debido proceso..." (Casación Nro. 0093-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, págs. 6783).

"... Pese a que los citados medios probatorios no habían sido admitidos formalmente, la Sala de mérito en [...] la sentencia de vista ha procedido a valorarlos, incurriendo lo dispuesto en el artículo trescientos setenta y cuatro del Código Procesal Civil [sobre ofrecimiento de medios probatorios en la apelación de sentencias] que exige que previamente los medios probatorios sean admitidos conforme a ley; [...] en consecuencia, se ha incurrido en causal de nulidad al haber valorado el Ad quem medios probatorios que no han sido admitidos conforme a ley..." (Casación Nro. 430-01 / Cañete, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7903-7904).

... El demandante [...] en su recurso de apelación de la sentencia de Primera Instancia, [...] adjuntó en calidad de nueva prueba [...] documentos [...] a fin de reforzar las anteriormente ofrecidas; [...] recibido el expediente por el Superior se dio traslado del escrito de apelación y luego de efectuado el mismo señaló día y hora para la vista de la causa y ha expedido sentencia sin pronunciarse sobre la prueba referida; [...] como prescribe el artículo trescientos setenta y cuatro del Código adjetivo [C.P.C.], en los procesos de conocimiento y abreviados las partes pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de apelación, en los dos supuestos que indica, sobre los que la Sala de revisiones debió pronunciarse, como prescribe el último párrafo de la norma citada; y de admitirse los mismos, fijar fecha para la Audiencia respectiva; [...] esa omisión configura una omisión procesal que conlleva indefensión para el recurrente, y afecta su derecho al debido proceso, por lo que debe ser sancionada con su nulidad..." (Casación Nro. 3066-2000 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7435).

... Los recurrentes al interponer recurso de apelación adjuntaron medios probatorios tendientes a acreditar que habían cumplido con cancelar más del cincuenta por ciento del precio de venta del bien sub lito, documentos que fueron admitidos por la Sala de Revisión [...]; [...] dicho Colegiado al dictar la sentencia de vista, se pronunció respecto a los medios probatorios señalados [...] pero indicando únicamente que éstos no acreditaban el pago alegado por los emplazados, sin explicar ni fundamentar tal apreciación jurisdiccional, con lo que se imposibilita a los sujetos procesales tener acceso al razonamiento lógico empleado por la Sala de revisión en la meritación de los referidos documentos, que les permitiese determinar [...] porque éstos [sic -léase por qué éstos-] no acreditaban la alegación efectuada por la parte demandada, de esta forma la sentencia de vista ha infringido el principio de motivación señalado [principio de motivación de las resoluciones judiciales] [...]; [...] por los considerandos expuestos [...] declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto [...]; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista..." (Casación Nro. 466-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7733).

7.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con las facultades del órgano judicial revisor respecto de las pruebas de oficio

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a las facultades del órgano judicial revisor respecto de las pruebas de oficio, ha establecido lo siguiente:

... El Colegiado Superior se encuentra plenamente facultado para disponer la actuación de medios probatorios de oficio, ello en caso de que luego de efectuada la revisión de los autos, llegue a la conclusión de que los medios probatorios ofrecidos y actuados resultan insuficientes para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia..." (Casación Nro. 1999-99 / Chinchta, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, pág. 9105).

... La decisión de la Sala de mérito de ordenar que el A Quo actúe medios probatorios complementarios [...] no contraviene [sic -léase no contraviene-] las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, por cuanto los nuevos medios probatorios podrán ser objeto de cuestionamiento por las partes, en ejercicio de su legítimo derecho de defensa..." (Casación Nro. 1435-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2002, pág. 8436).

... Se cuestiona que la Sala ha sancionado la nulidad para que se actúe una prueba de oficio aun cuando ello no era materia de apelación; empero, la Sala como Juzgadora que es, y atendiendo a la finalidad del proceso consagrada en el artículo tres del Título Preliminar del Código Procesal Civil, concordado con la facultad de la prueba de oficio del artículo ciento noventa y cuatro de ese mismo texto legal y con la garantía de la doble instancia de los justiciables, puede sancionar la nulidad por entender que un medio probatorio es relevante para resolver los autos, a fin de lograr la finalidad de los actos procesales a que [se] refiere el artículo ciento setenta y uno del Código Adjetivo [C.P.C.]; y como Colegiado Superior ordenar que el Juez actúe dicho medio probatorio..." (Casación Nro. 1128-03 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2004, págs. 11738-11739).

... La prueba de oficio es una facultad con la que cuentan todos los juzgadores, por lo que al estimarla necesario el Ad quem, resulta ineludible su remisión al Juez para su actuación a fin de no vulnerar el derecho a la doble instancia de las partes; máxime si se considera que el fin del proceso es solucionar el conflicto de intereses, que es lo que se entiende pretende el Colegiado Superior..." (Casación Nro. 2447-2003 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2004, pág. 12460).

8. TRAMITE DE LA APELACION DE SENTENCIAS

La apelación contra las sentencias debe ser planteada dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, contado desde el día siguiente a su notificación (art. 373 -primer párrafo- del C.P.C.). Así tenemos que: A. en los procesos de conocimiento el plazo para apelar la sentencia es de diez días (art. 478 -inc. 13- del C.P.C.); B. en los procesos abreviados el plazo para apelar la sentencia es de cinco días (art. 491 -inc. 12- del C.P.C.); y C. en los procesos sumarisimos el plazo para apelar la sentencia es de tres días (art. 556 -primera parte- del C.P.C.).

Una vez expedido el concesorio de la apelación planteada contra la sentencia, debe el auxiliar jurisdiccional, bajo responsabilidad, proceder a elevar el expediente del proceso al órgano jurisdiccional que conocerá de la apelación (Juez ad quem), dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso (art. 373 -segundo párrafo- del C.P.C.).

Únicamente en los procesos de conocimiento y abreviados el superior jerárquico (que conoce del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia) está obligado a conferir traslado del escrito en que se plantea la apelación contra la sentencia (art. 373 -tercer párrafo- del C.P.C.).

Dentro del plazo para absolver el traslado del escrito de apelación contra la sentencia (plazo que es de diez días), la otra parte podrá formular adhesión a la apelación (adhesión que, destacamos, se mantiene aun en caso de desistimiento de la apelación: art. 373 -in fine- del C.P.C.), fundamentando sus agravios, de los que igualmente se correrá traslado al apelante para que los absuelva en el plazo de diez días (art. 373 -tercer y cuarto párrafos- del C.P.C.).

Una vez transcurrido el plazo para absolver el traslado del recurso de apelación planteado contra la sentencia (traslado que es viable sólo en los procesos de conocimiento y abreviados), y, de ser el caso, el plazo para absolver el traslado de la adhesión a la apelación

Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

La naturaleza inductiva de la prueba judicial y su motivación

LA NATURALEZA INDUCTIVA DE LA PRUEBA JUDICIAL Y SU MOTIVACIÓN

RICARDO LA HOZ LORA
(PERÚ)

CONSEJERO DEL CONSEJO
NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

I. INTRODUCCIÓN

La presentación que me convoca en esta oportunidad tiene como núcleo de su análisis la importancia de la conceptualización de la prueba, sobre la base de la teoría de la argumentación y vinculándola al conocimiento empírico contenido en la jurisprudencia, se emplea la metodología del ensayo, con miras a un desarrollo temático doctrinario y de derecho comparado posterior, que surja a partir las reflexiones relacionadas con un tópico presente en el quehacer diario de los juzgados y cortes en que se imparte justicia.

La construcción del concepto de "prueba judicial", que recorre toda la presentación del tema, parte de varios supuestos, algunos de ellos teóricos, otros empíricos, esto depende del marco epistemológico que decida emplear quien formula el análisis, será de vital importancia en este contexto determinar el vínculo que existe entre "prueba" y "verdad", en la medida que ésta es límite al cual tiende aquella, pero no es su único fin, por el contrario, lleva aparejado una serie de valores pragmáticos e ideológicos que están determinados por el marco normativo.

En tanto, la verdad se constituye como la meta de la prueba, es fundamental, estudiar el sistema y metodología que, de manera más eficiente, nos permita acercarnos a la labor de investigación de los hechos en juicio, lo que nos permite sustentar adecuadamente la valoración de la prueba judicial, esto es su motivación, ésta es una labor de importancia tanto como la que corresponde a la propia sentencia de mérito o de fondo que resuelve el conflicto de intereses. En esta medida, se pretende destacar la importancia del análisis factual a la par, que el análisis jurídico en la argumentación judicial. Toda vez que en este nivel es muy alta la probabilidad de arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción, tanto más que en la interpretación de las normas.

La función jurisdiccional tiene como base de actuación a la "prueba judicial", a partir de la cual se determinará en el proceso la veracidad o falsedad de las afirmaciones de las partes, con relación a los hechos que son materia del conflicto de intereses y que servirán para componerlo en concordancia con los derechos que emanan de la norma sustantiva aplicada a dichos hechos.

Teniendo en cuentas las pautas que a modo de introducción han sido plasma-

das hasta este momento, plantearemos los conceptos básicos relacionados con la prueba judicial, que servirán como insumos para desarrollar el tema de fondo y las conclusiones correspondientes.

II. LA PRUEBA JUDICIAL

2.1. CONCEPTO

Intuitivamente la noción de “prueba” refleja aquellos elementos que sirven para comprobar un hecho ocurrido en el pasado o la existencia del mismo en el presente; en sentido lógico, puede decirse que “prueba” es demostración o comprobación de la verdad de una proposición cualquiera fuese su naturaleza¹.

En base a esta noción fundamental que resulta de la aplicación a todos los campos del conocimiento, cada uno en su especialidad, se descubre que la “prueba judicial” se relaciona con la prueba del derecho materia de la litis, de manera que sin ella “estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado”², de manera más simple, se puede entender esto como el adagio que refiere “*tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo*”.

Dado que la finalidad de la presentación es específica, se esbozará sólo de manera referencial algunos de los principales conceptos que se emplean cuando se habla de la prueba, así se tiene la definición que plantea Montero Aroca como «la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos»³.

Es de advertir que, la mayoría de tratadistas al tocar el tema de la prueba involucran en su discurso la naturaleza de aquélla, discutiendo si su función es la de averiguar la verdad material o la verdad procesal, la presentación que nos ocupa escapa de esa materia, ya que su objetivo, como se ha indicado preliminarmente, apunta a un esquema de argumentación de la prueba basado en planteamientos fácticos, por lo que es evidente que cualquier opinión que aquí pudiese vertirse sobre el particular, estaría sesgada por la preeminencia de la interpretación de los hechos y la verdad material subyacente a ella, antes que la determinación de la verdad procesal.

De alguna forma, en el ordenamiento peruano, el Código Procesal Civil ha resuelto esa discusión, estableciendo en el artículo 188° la finalidad de los medios probatorios, la cual es “acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez

respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”, en este sentido, sin ánimo de entrar en el debate, considero pertinente señalar que la norma procesal se encuentra en la línea de la verdad formal o procesal, no obstante, el texto del artículo glosado es singular desde el punto de vista del análisis que aquí se elabora, todavez que desarrolla el tema de la argumentación y la motivación, si bien no estrictamente desde el punto de vista de la motivación de la prueba, ello no es obstáculo para sustentar que el proceso peruano permite tal construcción al momento de tomar decisiones jurisdiccionales.

Otra elaboración conceptual, nos revela que la prueba, no es otra cosa que el medio por el cual se corrobora lo que se presume verdadero, generando convicción sobre un hecho y credibilidad en la afirmación de quien lo invoca. La prueba como medio encaminado hacia un fin puede ser completa o incompleta, en tanto, supone el hecho que no bastan las alegaciones de las partes y de su análisis el Juez formará su convicción psicológica en uno u otro sentido, de lo que se colige que no necesariamente la prueba propuesta por cada una de las partes será tomada como determinante para la decisión judicial.

En este apartado de la presentación “conviene recordar que el concepto de la prueba judicial no es unívoco”⁴, esto quiere decir que bajo esta formulación teórica se encuentran tanto la decisión jurisdiccional, como la actividad procesal de las partes, ambos en un sistema como el que corresponde al ordenamiento procesal peruano, implica que la argumentación girará en torno a la fijación de los hechos alegados y controvertidos por las partes, de ahí que la argumentación sobre la prueba ofrecida adquiera significativa importancia, tanto para el juez como para las partes.

En definitiva, el denominado derecho probatorio es una ciencia eminentemente reconstructiva, se orienta a tratar de demostrar la verdad real de un hecho por cualesquiera de los medios establecidos por la ley, convenciendo al funcionario de que ellos son así y no como lo pretende la contraparte. Y, se dice tratar, porque muchas veces no se logra demostrar la verdad del hecho y entonces una es la verdad real o material y otra la verdad formal, la demostrada porque el funcionario fue engañado y cuyo resultado no siempre corresponde a la realidad de cómo se presentan los hechos en la naturaleza.

2.2. OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL

De manera genérica, se puede partir de la división entre dos vertientes doctrinarias, los que sostienen que en el proceso deben probarse los hechos y los que sustentan que la prueba debe recaer sobre las afirmaciones que las partes hacen de esos hechos.

José Chioyenda y Hugo Alsina, son quizás los más representativos del primer sector, en cuyo esquema doctrinario se parte de la distinción entre alegaciones y hechos, al alegar las partes afirman o niegan la existencia de un hecho o la aplicabilidad de una norma jurídica, por tanto, la afirmación que hacen forma el núcleo objetivo de la alegación, no de la prueba, que debe centrar su evaluación en el acontecimiento fáctico.

Por su parte, del otro lado se encuentran Francesco Carnelutti y Santiago Sentis Melendo, quienes sostienen, cada uno en su propio estilo, que en el proceso sólo se prueba lo afirmado con el objeto que el juez lo verifique.

La generalidad de la doctrina se inclina por la primera corriente, no obstante, debido a que en la actuación probatoria concreta pueden surgir una multiplicidad de cuestiones, los autores intentan siempre plantear un concepto de «hecho» de tal amplitud que permita incorporar a todas las eventualidades que puedan aparecer en cuestiones probatorias, en este orden cabe destacar la apreciación de Devis Echeandía, para quien objeto de la prueba judicial son los hechos pasados, presentes o futuros y los que pueden asimilarse a ellos, es decir, se trata de tomar el término “hecho” en sentido amplio y no gramatical.

Lo antes indicado, adquiere significación si se observa que, por ejemplo, los testigos declaran sobre hechos que han percibido sensorialmente, independientemente de las afirmaciones de las partes y por lo general desconociendo las mismas. “La concepción que acepta lo afirmado como objeto de prueba tiene un enfoque parcializado de la cuestión, todavez que centra el núcleo argumental en la actividad de las partes obviando la figura del juez”⁶, si bien el “*thema decidendum*” esta determinado por las partes, esto no significa que las facultades del juez no alcancen y sean suficientes para determinar la existencia y sustento de los hechos, debiendo aquél ejecutar las acciones probatorias necesarias para el esclarecimiento de la cuestión planteada.

2.3. CONCEPCIONES DOCTRINARIAS DE LA PRUEBA

En la misma perspectiva de los rubros que se han tocado hasta este momento, se presentarán dos concepciones de la prueba, vinculadas a la relación que desarrollan entre los conceptos de verdad y prueba. Estas concepciones son la cognoscitiva y la persuasiva.

2.3.1. Concepción cognoscitiva de la prueba

En esta concepción “se concibe la prueba como un *instrumento de conocimiento*, o sea, como activi-

dad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que es sólo probable”⁷

Desde esta perspectiva, existe la posibilidad que los hechos probados puedan ser falsos; asimismo, en esta concepción la valoración de la prueba es una actividad *racional*, por la que se comprueba la verdad en base a las pruebas disponibles.

2.3.2. Concepción persuasiva de la prueba

En esta concepción, se adopta la tesis de la teoría del *adversary system*, que asume la ideología del proceso civil, esencialmente como “*un instrumento para la resolución de conflictos*”⁸. En este sentido, si el objetivo del proceso es solucionar el conflicto, la prueba no se orienta a averiguar la verdad de los hechos litigiosos, sino a obtener una resolución de orden práctico que componga la controversia. Más aún, en esta lógica, la búsqueda de la verdad es un obstáculo para la eficacia procesal.

Ésta es una concepción “*persuasiva*” de la prueba, que es compatible con una concepción “*irracional*”, de la valoración de la prueba. De un lado, porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas.

2.4. VÍNCULO ENTRE LOS HECHOS Y LA PRUEBA

La construcción teórica basada en las dos concepciones doctrinarias de la prueba, previamente señaladas, nos acerca cada vez más al tema central “la naturaleza inductiva de la prueba”, lo que nos llevará posteriormente a trabajar el relacionado con “la motivación de la prueba”, de manera preliminar, se debe plantear el esquema ideológico bajo el que se relacionan estos dos aspectos de la actividad procesal, la verdad de los hechos y su prueba.

Vamos a ubicarnos en las siguientes proposiciones:

- a) Un enunciado fáctico es *verdadero*.
- b) Un enunciado fáctico está *probado*.

En el primer caso, se trata de que los hechos descritos o referidos, existen concretamente en un mundo independiente conocido pero ajeno a nuestra voluntad, esto es, la afirmación es correcta y responde a la realidad objetiva. En el segundo caso, se trata de un hecho conocido de manera indirecta, es decir, cognoscible y confirmado por las pruebas disponibles, es una verdad formal.

Con relación a las concepciones de la prueba, mientras la cognoscitiva distingue ambos conceptos,

verdadero y probado, la concepción persuasiva los identifica. En la perspectiva cognoscitiva la actividad jurisdiccional manifestada en resoluciones judiciales de mérito, sentencias, puede estar sustentada en *hechos probados falsos*; para la concepción persuasiva pronunciarse sobre la verdad es innecesario, toda vez que en la práctica *lo verdadero es lo que resulta probado en el proceso*. De esta forma, si bien la verdad procesal *es final*, en tanto, resuelve el conflicto, esto no significa que dicho enunciado sea verdadero.

La distinción entre las dos concepciones de prueba implica que, la declaración de hechos que sustentan la decisión, por más carácter autorizado que tenga, fruto de la argumentación jurídica del juzgador, es falible, en esta medida; se hace necesario adoptar cautelas y establecer garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad.

En síntesis, la prueba debe ser asumida desde una perspectiva racional, en la que se distinguen los conceptos de verdadero y probado, esto, está más cerca del análisis de la concepción cognoscitiva, en la que si bien se ha comprobado la verdad, ésta es siempre imperfecta o relativa, al punto que por dicha declaración de hechos, cuyo carácter jurídico es dogmático; es posible valorar incluso los hechos en una segunda instancia, lo que asegura el derecho de las partes al empleo de medios impugnatorios, en la hipótesis que sus argumentos sean los realmente verdaderos o probados y hayan sido rechazados en las demás instancias.

III. PRUEBA DEDUCTIVA VERSUS PRUEBA INDUCTIVA

3.1. Conceptos básicos

La labor del juez, en el trámite de un proceso en curso, se encuentra en una zona de penumbra, constituida por los hechos que sustentan cada una de las afirmaciones de las partes, de manera que es necesario investigar justamente acerca de dichos hechos, lo que se constituye en el objetivo principal del procedimiento de prueba.

Esta afirmación, que parece ser redundante y evidente, adquiere significación en tanto que aquellos elementos que componen la decisión o sentencia parten de afirmaciones sobre hechos, cuya veracidad es desconocida de primera mano; asimismo, este carácter de verdadero o no, que pueden adquirir la relación de hechos, no aparece por sí misma, sino como resultado de una labor lógica, a partir de la evaluación simultánea y concordada de los demás hechos relevantes del caso, en que gracias a un razonamiento inductivo puede comprobarse su validez.

Este segundo aspecto es el que interesa con mayor énfasis. En la comprobación del carácter de verdad de los hechos, muchas veces, la simple observación de la realidad nos puede dar la respuesta; no obstante, en el caso del juez, aunque tal comprobación sólo requiera la actuación sensorial directa de él mismo, el carácter de verdad de los hechos se obtiene de manera indirecta o mediata, con cuyo objeto se vale de actuaciones judiciales que le permitan crearse convicción de verdad, por ejemplo, en un proceso indemnizatorio por daños y perjuicios derivado de un accidente de tránsito, los daños personales son directamente observables, pero el juez se crea convicción usualmente por certificados médicos que lo acreditan, es decir, "las pruebas, en estos casos, no son el resultado directo de la observación, sino de una inferencia que se realiza a partir de otros enunciados"¹⁰.

Las inferencias tipo del ejemplo mencionado son de carácter deductivo y, se caracterizan por leyes lógicas en las que el razonamiento válido requiere necesariamente que su origen se encuentre en premisas verdaderas, esto significa que, no hay forma que de premisas verdaderas se pueda concluir en razonamientos que no lo sean, muchos de los razonamientos judiciales siguen este esquema de razonamiento.

Una revisión de las sentencias dictadas por los diversos juzgados y cortes del país, refleja que el razonamiento deductivo es el más popular, por decirlo de alguna manera. No obstante, el razonamiento lógico es independiente del tema epistemológico de los hechos, de su connotación fáctica de verdad, de manera que, un argumento deductivo no necesariamente es verdad, a menos que las premisas lo sean, esto quiere decir que el razonamiento deductivo no asegura la infalibilidad de los resultados. Esto ocurre básicamente en las pruebas denominadas científicas, en las que además de la validación científica, es importante que la técnica procesal empleada sea la adecuada, como en el caso de las pericias grafotécnicas, en las que se requiere una adecuada toma de la muestra, pues será importante saber las circunstancias en que fueron tomadas para aceptar la validez de sus resultados, además del método de evaluación propiamente dicho que puede ser variable según sea la formación científica de la persona encargada.

Anteponiéndose al razonamiento deductivo, está el razonamiento inductivo, que no es otra cosa que el proceso en el que se razona partiendo de lo particular para llegar a lo general, justo lo contrario que con la deducción. "La base de la inducción es la suposición de que si algo es cierto en algunas ocasiones, también lo será en situaciones similares aunque no se hayan observado"¹¹. La inducción se verifica en la actividad diaria básicamente por dos

tipos de operaciones que se denominan predicción y causalidad. Desde este punto de vista, se aprecia que el razonamiento probatorio más adecuado para la actividad jurisdiccional es justamente aquel al que corresponde la *prueba inductiva*, pues por ésta se emplea un método de razonamiento en que las premisas, aun siendo lógicamente verdaderas, no implican necesariamente un carácter de verdad en su resultado, en este caso, estamos frente a probabilidades suficientes para crear convicción en el juez.

En esta perspectiva se advierte que, Ferrajoli ha delimitado la actividad decisoria del juez, basado en tres inferencias lógicas, entre las que destaca la inferencia inductiva, que tiene como premisas el resultado de la actividad probatoria y permite afirmar las conclusiones que sustentan la sentencia. Estas conclusiones que son relación de hechos probados, se refieren al quehacer cognoscitivo del juez, en el ámbito de las explicaciones probabilísticas, que son las que permiten afirmar algo, pero sólo, si la derivación es correcta "con un alto grado de probabilidad, y quizá con certeza práctica"¹².

Cabe precisar que, la probabilidad de certeza de un hecho que surge del razonamiento inductivo implica, obviamente, un margen de incertidumbre y de libertad de elección entre opciones; lo que deriva en el poder de la jurisdicción que ejerce el juez, para decidir sobre los derechos invocados en juicio.

En este contexto, se hace necesario que los márgenes de incertidumbre se reduzcan, por lo que no debe perderse de vista que la inferencia judicial debe sustentarse en evidencias empíricas perfectamente identificables, de manera que las proposiciones que se formulen respecto de tales evidencias o hechos, se puedan calificar a ciencia cierta con carácter de verdad o no, evitando que bajo la apariencia de enunciados descriptivos se formulen sólo juicios de valor.

Este tipo de razonamiento como se puede advertir requiere una serie de circunstancias fácticas que permitan arribar a la conclusión, constituida por la resolución decisoria, fundamentalmente cuando estamos ante casos complejos en los que un solo hecho no es suficiente para determinar la convicción del juez.

En muchas ocasiones se ha pretendido darle a las máximas de la experiencia la connotación de leyes sociales, cuya regularidad han sido observadas en el tiempo, para identificarlas como deductivas, como en el caso de quien salió de una reunión y condujo, tenía que haber estado ebrio al causar el accidente, no obstante, esta inferencia es una clase de inducción, y su resultado es una *hipótesis* con un alto grado de probabilidad, es decir, un enunciado que consideramos muy probablemente ver-

dadero aun cuando no sabemos si lo es o no.

No obstante, no se debe perder de vista que el conocimiento inductivo es sólo probable, por lo que el resultado de la inducción puede ser falso.

En este contexto de falibilidad de los resultados probatorios, adquiere especial importancia para el *modelo judicial de prueba* los métodos de *valoración de la prueba*, que deben guardar todas las precauciones metodológicas con el fin de aproximar los resultados a la verdad en grado extremo.

3.2. La valoración de la prueba

La apreciación de la prueba es la actividad intelectual que realiza el juez para determinar la fuerza probatoria relativa que tiene cada uno de los medios de prueba en su comparación con los demás, para llegar al resultado de la correspondencia que en su conjunto debe atribuirles respecto de la versión fáctica suministrada por las partes.¹³

La valoración es el núcleo del razonamiento probatorio. Sobre el particular existen tres sistemas de apreciación o valoración de la prueba, que se configuran, dependiendo que vengan o no predeterminada jurídicamente, así tenemos el modelo de prueba legal o tasada, el modelo de prueba libre o libre convicción y el de la sana crítica.

3.2.1. La prueba legal o tasada

Resulta de la determinación a priori del legislador, del valor que le corresponde a la prueba¹⁴, es decir, las reglas de valoración se encuentran fuera de la esfera de voluntad del juez.

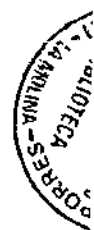
3.2.2. El sistema de prueba libre o libre convicción

Este sistema supone que el juez puede asignarle a la prueba la eficacia que discrecionalmente su conciencia le aconseje, es decir, a su libre convicción judicial¹⁵.

3.2.3. El sistema de la sana crítica

En este modelo de valoración, el juez tiene en su esfera de actuación la determinación de la eficacia de la prueba, según reglas lógicas y máximas de la experiencia, es decir, normas lógico - experimentales, que supone la existencia de principios generales que guían la apreciación de la prueba en contraposición con la discrecionalidad absoluta del juez.

Los dos últimos sistemas se encuentran íntimamente vinculados, al punto que algunos tratadistas los identifican, incorporando los principios de la sana crítica en la libre convicción, lo que ha dado lugar a lo que se denomina apreciación razonada, tal y como refiere el Código Procesal peruano¹⁶, en su artículo 197°.



Bajo la denominación de apreciación razonada, se puede advertir que no se impone ningún criterio de valoración al juzgador. De esta forma, regresando a los primeros temas de esta presentación, se observa que la concepción cognoscitiva de la prueba presenta algunos elementos de ayuda, como por ejemplo, el hecho que, la valoración entendida como convicción íntima, por sí misma, no puede probar nada.

En este sentido, los *modelos de valoración* que mejor se adecuan para obtener conclusiones en el razonamiento del juzgador, son aquellos que tienen naturaleza inductiva y que permiten determinar el grado de probabilidad de las hipótesis. Según estos esquemas "*una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (o sea, la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos*"¹⁷.

Los modelos de valoración a que se alude, exigen por lo general tres requisitos para las hipótesis que forman el razonamiento¹⁸:

- a) Confirmación.
- b) No refutación.
- c) Mayor probabilidad respecto de otras hipótesis.

En cuanto al primer requisito, éste se constituye como una inferencia inductiva, en que se equipara "grado de confirmación" con su probabilidad, sustentada en los conocimientos disponibles que permiten darle certeza de verdad al hecho materia de probanza. Sobre el particular, existirá mayor veracidad en la comprobación dependiendo del fundamento cognoscitivo empleado, si las hipótesis se encuentran fuertemente vinculadas a las pruebas, sea por reiterancia de los hechos mayor será el grado de confirmación de aquéllas, si la conexión es genérica y vaga, como en el caso de máximas de la experiencia personal, basadas en prejuicios, entonces, dicha confirmación adolecerá de un grado de probabilidad mínimo.

Asimismo, la confirmación de la hipótesis, responderá en el grado de su probabilidad de certeza a variables como *la calidad epistemológica de las pruebas que la confirman*, lo que es entendible dado que una prueba cuya grado de certeza no sea tan probable, difícilmente puede atribuir a la hipótesis conectada a ella un grado de confirmación alto; *el número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas que la confirman*, es decir, mientras más inferencias lógicas sean necesarias realizar con relación a las pruebas para confirmar la hipótesis, el grado de probabilidad de certeza disminuirá a cada paso; y, *la "cantidad" y "variedad"*

de pruebas o confirmaciones, lo que implica que a un mayor número de conocimientos que sustentan la hipótesis, mayor será el número de confirmaciones de la misma; y por tanto, la probabilidad de certeza de la misma se incrementa.

En esta perspectiva de análisis, el juez no debería asumir prueba alguna como necesaria y suficiente, sino admitirlas todas, en tanto, a mayor número de confirmaciones, mayor probabilidad de certeza obtendrá en su razonamiento final contenido en la sentencia.

En cuanto a la no refutación, es de vital importancia que el contradictorio se lleve a cabo bajo todas las garantías a las partes, de forma que sea posible la eventualidad de refutar las pruebas admitidas al proceso, y por consiguiente que la hipótesis se vea fortalecida por la falta de otras más fuertes que ella que la contradigan. Ésta se puede denominar como la prueba de fuego para garantizar la validez del argumento probatorio y su calidad de verdad al momento de sustentar las decisiones jurisdiccionales, toda vez que mientras más hipótesis se opongan a la principal que sustenta el valor del medio de prueba, sin que afecten su comprobación, mayor será el nivel de certeza que aquella alcance al momento de la decisión final.

La mayor probabilidad frente a otras hipótesis implica un ejercicio de valoración, en el que frente a distintas hipótesis relacionadas con el mismo hecho, que pretenden darle explicación, la coherencia narrativa de la hipótesis sea la más racional, por ejemplo, ante un accidente de tránsito, podría plantearse, el conductor no advirtió en la oscuridad la presencia del peatón al cruzar la pista, o que el conductor advirtió la presencia del peatón, y decidió atropellarlo porque él se encontraba en luz verde y le disgustó la actitud del peatón; es evidente que, la coherencia de la narrativa formulada en la primera hipótesis resulta menos improbable y; por tanto más racional, incluso es probable que surja una tercera hipótesis más suficientemente probada que desplace a ambas.

IV. LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA JUDICIAL

La motivación de la prueba, a diferencia de la motivación de la sentencia, se relaciona con la determinación de su calidad de verdad, o de probabilidad, de las afirmaciones introducidas en el proceso por los medios de prueba, es decir, se constituye en la labor del juez por la que explica las razones que sustentan ese carácter de verdad, en contraposición a un sistema en el que la apreciación razonada es en realidad arbitraria y subjetiva.

Si bien nuestro sistema procesal acoge principios como el de inmediación o el de la valoración por

medio de la apreciación razonada, ello no significa, que en virtud de aquéllos, se dé al juez, la libertad de simplemente basarse en sus propias percepciones sensoriales al momento de decidir.

La participación directa e inmediata del juez que propugna nuestro ordenamiento procesal¹⁹, no implica que, la impresión que se forma el juez en las audiencias de las partes o de los medios de prueba presentados, sea la única fuente de sus decisiones, puesto que ello sería meramente subjetivo, en esta esfera aparece la necesidad de motivación de la prueba, que debería estar vinculada tanto a los medios de prueba directos – adquiridos por inmediatez del juez –, como a los indirectos.

De otro lado, la *apreciación razonada* se confunde, debido a la carga procesal, con una declaración genérica de que los hechos están probados, con lo cual se pretende cumplir con lo dispuesto por el artículo 197° del Código Procesal Civil, el real sentido del sistema de valoración que promueve la norma indicada, se refiere específicamente a la exigencia de razonar y explicar los motivos y las fuentes mediante los cuales la prueba se ha conseguido.

En este caso, la apreciación razonada no puede significar la declaración formal del cumplimiento de un requisito procesal, en otras palabras, el juez no está autorizado a dictar sentencias arregladas exclusivamente a su íntima convicción, lo que se puede verificar en la práctica procesal.

4.1. Naturaleza de la motivación de la prueba

Cuando se elaboran tesis sobre la prueba, el horizonte del análisis se refiere al descubrimiento que realiza el juez en su ejercicio intelectual, que le ha permitido arribar a la determinación de certeza y verdad de las afirmaciones de las partes con relación a los hechos materia de controversia; justificar la prueba, en este contexto, significa expresar esa elaboración interna del juez de manera clara y precisa, que da cuenta de las razones que lo han hecho adquirir convicción al momento de decidir.

No se trata sólo de una adecuación normativa, o subsunción del supuesto de hecho a la regla jurídica, sino de una construcción *in extenso* del camino que ha recorrido en cada actuación procesal que hace el juez, para determinar el carácter de verdad de las hipótesis que darán validez a la relación de hechos que sustentan la sentencia.

En esa elaboración justificatoria se mezclan operaciones racionales como la valoración de la prueba, como elementos sensoriales generados por la intermediación con que actúa el juez, es decir, la interacción con las partes, de manera que la justifi-

cación de la prueba se constituye en síntesis en el conjunto de argumentos que permiten presentar las afirmaciones contenidas en las hipótesis que pretenden explicar los hechos controvertidos como verdaderas.

Es probable que, en el transcurso del proceso el juez se pueda dar cuenta por medio sensorial, de que una parte no dice la verdad, pero debe abstraer su convicción íntima para motivarla a partir de los demás medios de prueba que lo lleven a determinar el carácter de verdad de su primera impresión, como es posible también que ocurra lo contrario, es decir, que no pueda justificar su convicción.

En consecuencia, la labor de motivación se constituye como filtro con relación a la labor intelectual del juez, es el baluarte de racionalidad que permite consolidar los argumentos que va a plasmar en la sentencia. En este camino, la técnica de motivación recomendada es aquella por la que se estructura de manera detallada tres elementos: (i) exposición de las pruebas, (ii) valor probatorio, y (iii) inferencias efectuadas sobre ellas.

Sobre este tema, es pertinente precisar que la apreciación razonada que propugna el Código Procesal Civil Peruano, a pesar que en la práctica no implica justificación alguna de los medios probatorios, sin embargo, no esta reñida con este ejercicio del juez, toda vez que cobra pleno sentido si se tiene en cuenta que la justificación de los hechos no es un acto simple, por el contrario, la diversidad de elementos probatorios que se presentan en un caso específico, en los cuales se debe valorar cada uno de ellos lleva implícito una labor de justificación de las pruebas, y por consiguiente, también de la determinación del carácter de verdad de las hipótesis formuladas a partir de las mismas.

De igual forma, el estilo judicial por el que las sentencias hacen remisión a actas o documentos que obran en el expediente, pretendiendo que por su sola incorporación al proceso como medios de prueba implican su justificación, es inaceptable. La motivación analítica de los medios de prueba, debería ser incluso pedagógica y autosuficiente, no debe sobreentenderse la explicación del razonamiento, sino que debe quedar meridianamente claro de la lectura de la sentencia.

Para lograr el fin antes señalado, Marina Gascón Abellán plantea de manera adecuada las siguientes reglas:

- Justificar los medios de prueba, no simplemente remitirse a su existencia en el expediente.
- Explicar las pruebas usadas y el razonamiento empleado, lo que significa una labor lógi-

ca en base a hipótesis adecuadamente validadas en el proceso.

- Todas las pruebas requieren justificación.
- La motivación exige una valoración individualizada de las pruebas, es el complemento de la valoración conjunta que subyace al esquema de la apreciación razonada.

CONCLUSIONES

1. La prueba judicial tiene como meta la determinación de la verdad, la que se refiere en el ordenamiento procesal peruano a la verdad formal o procesal.
2. La prueba judicial corresponde a una elaboración doctrinaria en la que participan tanto el juez como las partes, cada uno en su propio papel, sea fijando los hechos alegados (partes) y controvertidos, o resolviendo sobre la validez de aquellos (juez).
3. El objeto de la prueba judicial está constituido por los hechos materia de conflicto judicial, incorporando al concepto de hecho todas las posibles variables que puedan derivarse de las cuestiones materia de probanza en el proceso.
4. La concepción cognoscitiva de la prueba, es la que permite realizar la valoración de la prueba de forma racional, atendiendo a la probabilidad de certeza de las pruebas disponibles.
5. La prueba asumida desde el punto de vista racional, no subjetivo, permite determinar el carácter de verdad de las hipótesis que explican los hechos materia de la controversia, así como el empleo de medios impugnatorios ante una eventual conclusión imperfecta determinada por el juez en base a premisas con probabilidad de certeza muy baja.
6. Las inferencias de tipo inductivo son las más apropiadas para el ejercicio jurisdiccional, toda vez que permiten ejercitar las actividades intelectuales de predicción y causalidad.
7. La valoración de la prueba debe responder:

a un sistema publicista en donde se mezclen los conceptos de libre convicción y sana crítica, que han sido sintetizados por el ordenamiento procesal peruano en el de apreciación razonada.

8. La motivación de la prueba no es ajena al ordenamiento procesal civil peruano, no obstante, que en la práctica ésta no se verifica cotidianamente, básicamente por razones de carga procesal.

BIBLIOGRAFÍA

1. KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Rubinzal – Culzoni Editores. 2001.
2. DEVIS ECHEANDIA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, Zavalía, Buenos Aires, 2002.
3. MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Civitas, 2da. Edición, Madrid 1998.
4. FORNACIARI, Mario Alberto, Artículo "Reflexiones acerca del objeto de la prueba en el Proceso Civil", publicado en el Libro *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI*, en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Fundesi, Buenos Aires, 1997.
5. GASCON ABELLAN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*. Publicación del Poder Judicial de la Federación, México, 2003.
6. VID M, Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, Rivista di Diritto Processuale, XLV, 2, 1990.
7. CONDE PASTOR, Montserrat, *Universidad Nacional a Distancia*, Departamento de Psicología, Madrid, 2004.
8. C.G.Hempel, *Filosofía de la Ciencia Natural*. Trad.de A. Deaño, Alianza Editorial, Madrid, 1973.
9. GOZAINI Osvaldo Alfredo, *Sana Crítica Vs. Prueba Tasada*. Conciliación de Ideas, Artículo publicado en la Revista *Doctrina Judicial* 1988-I-369. Argentina, 1988.

Notas

¹ KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 19.

² DEVIS ECHEANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Zavalía, Buenos Aires t.I , pág. 13.

³ MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Civitas, 2da. Edición, Madrid, 1998, pág. 28.

⁴ KIELMANOVICH, Jorge L., ob cit., pág. 23.

⁵ DEVIS ECHEANDIA, Hernando, ob.cit., pág. 156.

⁶ FORNACIARI, Mario Alberto, Extracto del artículo "Reflexiones acerca del objeto de la prueba en el Proceso Civil", publicado en

el Libro *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI*, Fundesi, Buenos Aires.

⁷ GASCON ABELLAN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*. Publicación del Poder Judicial de la Federación, México, 2003. Extracto del Programa de Formación y Desarrollo Profesional del Instituto Federal Electoral, pág.32.

⁸ VID M, Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, Rivista di Diritto Processuale, XLV, 2, 1990, pp 429 ss.

⁹ GASCON ABELLAN, Marina, ob.cit., pág. 33.

¹⁰ GASCON ABELLAN, Marina, ob.cit., pág. 44.

¹¹ CONDE PASTOR, Montserrat. Artículo "¿Qué es y cómo funciona el pensamiento?". Extraído de la Revista electrónica Saludalia interactiva, *Universidad Nacional a Distancia*, Madrid, 2004.

¹² Citado por C.G.Hempel, en *Filosofía de la Ciencia Natural*. Trad.de A. Deaño, Alianza Editorial, Madrid, 1973, p.93

¹³ Es la definición admitida en la jurisprudencia argentina. CNCom., sala B, 4-9-79, L.L. 1980-A-94. Extraído de KIELMANOVICH, Jorge L., ob.cit., pág. 137.

¹⁴ GOZAINI O.A., *Sana Crítica Vs. Prueba Tasada*. Conciliación de Ideas, en D.J. 1988-I-369.

¹⁵ KIELMANOVICH, Jorge L., ob.cit., pág. 139

¹⁶ CÓDIGO PROCESAL PERUANO

Artículo 197.- Valoración de la prueba.-

Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

¹⁷ GASCON ABELLAN, Marina, ob.cit., pág. 51.

¹⁸ GASCON ABELLAN, Marina, ob.cit., pág. 51.

¹⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL – TÍTULO PRELIMINAR

Artículo V.- Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.-

Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

LA PRUEBA EN EL GARANTISMO Y EN EL ACTIVISMO

CARLOS PARODI REMÓN
(PERÚ)

PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

SUMILLA

I. Entorno del tema. II. Características de una y otra conducta judicial. III. El sistema Probatorio en el Garantismo y en el Activismo. IV. Conclusiones.

I. ENTORNO DEL TEMA

Históricamente la doctrina viene debatiendo sobre el grado de intervención que debe tener el juez durante el trámite del proceso. En los últimos tiempos, el debate se ha acentuado a tal punto que ha alcanzado carta de ciudadanía con la denominación de por sí sugerente para el estudioso del derecho, activismo o garantismo judicial, según el juez tenga mayor o menor ingerencia en dicho trámite.

El presente trabajo pretende ofrecer una visión panorámica del estado central de la doctrina sobre el tema y proponer las características positivas y negativas de una y otra opción, para que el lector, especialmente, el alumno de Derecho, elija la que le preste mayor convicción.

Y no se crea que el análisis del tema nos conducirá a comentarios teóricos que aporten poco o nada a la solución de la grave crisis judicial por la que atraviesa la mayor parte de los países. Todo lo contrario, su dilucidación, de ser ella posible, influirá directamente en la adecuada marcha de los procesos, cuyo objetivo, como se sabe, es la paz social a través del reconocimiento de los derechos sustanciales.

El telón del fondo del problema que nos ocupa está dado por la realidad que vivimos. Ante la gravedad de los problemas socio-económicos a escala planetaria, que se presenta ante nuestros ojos, el irrespeto por la vida del ser humano y el desprecio por los valores, la persona se pregunta por el rol que corresponde al Poder Judicial en el Estado y en la sociedad y hasta qué punto está cumpliendo con su papel de máximo equilibrador de las relaciones sociales y de supremo dirimente de los conflictos inter subjetivos de intereses.

El ciudadano común y corriente al cual nos debemos y que es el verdadero destinatario de nuestros esfuerzos y del cumplimiento de la función jurisdiccional, quiere y tiene derecho a que se le absuelva esa pregunta. No con res-

Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

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

JOAN PICÓ I JUNY

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili
Vicepresidente del Instituto de Probática y Derecho Probaratorio 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 empírico-miento 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 Barcelona— 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 pelagrosa, está desnaturalizando la tradicional configuración de la apelación como una *revisio priori 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.— de 10 de noviembre de 2006 (número de recurso 851/2005, Ponente Dña. Isabel Carricó Morampio); la SAP de Barcelona —sección 11.— de 27 de octubre de 2006 (número de recurso 632/2006, Ponente D. Francisco Llanudo Millán); o la SAP de Barcelona —sección 11.— de 10 de abril de 2006 (número de recurso 445/2005, Ponente D. José Antonio Ballester Llorens).

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 este con los sujetos involucrados 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 cercana 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 serviría 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 trascerse a colación la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (TC) —surgida a raíz de su sentencia del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre— 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 Del igual modo, CARRIBON CLARIBANO, P., *El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea, en el libro Homaje al Profesor Dr. D. Eduardo Forri Serra, T.I. Ministerio de Justicia, Madrid, 2004*, p. 831; y PAREZ ASSEVO, A.I., *La valoración de la prueba en segunda instancia*, en «Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil», coordin. X. Abad y J. Piqué, edit. J.M. Bosch editor, Barcelona, 2008, p. 150. Y en este sentido, también se pronuncia la SAP de Lugo —Sección 1.— de 3 de mayo de 2006 (UR 2006/1990/11 que desista la nulidad de la sentencia por haber sido dictada por un juez distinto al que celebró el acto del juicio. Si bien es justo reconocer que dicha doctrina ya había sido formulada en el voto particular del magistrado D. Enrique Ruiz Valdllo —al que se adhirió D. Manuel Jiménez de Parga— en la STC 172/1997, de 14 de octubre.

lencia absolutoria para dictar otra condenatoria en función exclusivamente de la valoración que pueda realizar de las pruebas personales prácticas en la primera instancia¹. 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)².

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*³, 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 fondo⁴. En consecuencia, como indicó CHOVENDA, 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 deberes⁵.

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 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

¹ 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.

² Esta doctrina se mantiene en la actualidad: así, véase las recientes SSTC 132/2009, de 1 de junio; 120/2009, de 18 de mayo; o la 16/2009, de 26 de enero.

³ FARRÉS GUILLEM, V., *El razonamiento de los tribunales de apelación*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 31.

⁴ 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 *resum iudicium*.

⁵ CHOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, traducción de E. Gómez Obarrieta, 1.ª edición, Editorial Nexvia de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 382.

aqueil 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 I.— de 6 de mayo de 2009, en su f.º 2.º, destaca: «La apelación coloca al juzgador de segunda instancia en la misma posición del de la primera, con pleniitud jurisdiccional para la valoración de la prueba»⁶. 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 (*quæstio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (*quæstio iuris*)»⁷.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS QUE NEGAN 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 atenta-do 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 2006⁸, 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 juris-

⁶ Sentencia n.º 295/2009, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

⁷ De igual modo, véase sus sentencias 272/1994, de 17 de octubre; o 194/1990, de 29 de noviembre, entre otras muchas.

⁸ Número de recurso 999/2005, Ponente D. Francisco Ferrando Millán.

diccional que ha de resolver en la instancia. Tanto la documental, como la testimonial es de libre apreciación por el juez, superándose 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 inmediatez 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»¹⁷.

Y por su claridad y síntesis expositiva, merece destacar también la SAP de Toledo —sección 2.ª— de 16 de octubre de 2006¹⁸, en cuyo fundamento jurídico segundo indica: «Dada la naturaleza del motivo de impugnación implícitamente formulado, debe comenzarse por recordar que la inmediatez 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 y 6 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 inmediatez le permite, pudiendo aquí 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 óbculo 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 y 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-

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»¹⁹.

También en la doctrina encontramos autores que mantienen esta tesis: así, por ejemplo, MONTERO AROCA y FLORES MARTÍNEZ destacan: «Por ello urtiándose de pruebas personales, como la testimonial, la única inmediatez 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 inmediatez, 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»²⁰.

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 instancia²¹, 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 inmediatez en el proceso penal, inspitado 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 penal²², en principio dicha doctrina podría aplicarse también al proceso civil pues su fundamento se si-

¹⁷ 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 (motivo de recurso 148/2006, Ponente: José Ramón González Clarifajal).

¹⁸ MONTERO AROCA, J., y FLORES MARTÍNEZ, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 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.

¹⁹ Adjetivos empleados respectivamente por CALDERÓN CUADRADO, P., ob. cit., p. 809; y PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil (Fiscalización de las partes y poderes del tribunal «ad quem»)*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 360.

²⁰ 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 inmediatez puede convertirse «en una suerte de *divergencia* del juicio, de coartada o vía de escape del deber de investigar [...] (lo que conduce) a la consagración de un subjetivismo indifinible que se traduce en puro decisionismo» (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)*, en «Jueces para la Democracia», núm. 46, 2003, pp. 59 y 61), «con un cheque en blanco para motivar hechos» (IGARTUA SALAVERRA, J., «El nombre de la inmediatez en vuestro», en «La Ley», 2003, T. 2, p. 1729); lo que fomenta el arbitrio de los juzgados de lo penal» (GIMENO SERRADA, V., *La inmediatez en la 2.ª Instancia y las sentencias arbitrarias de la primera*, en «La Ley», núm. 6876, 5 de febrero de 2006, p. 2).

²¹ Curiosamente, en esta sententia 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 metros de media página resuelve (desaprobando) el recurso.

²² Número de recurso 315/2006, Ponente D. Rafael Cáceres Loma.

tina 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 existan 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 desvirtúe 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 interrogado.¹⁴

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 intermediación 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)¹⁵, no es menos cierto que los magistrados de la Audiencia Provincial pueden revisar las declaraciones de las partes, testigos y peritos¹⁶, y contrastarlas con la motivación fáctica de la sentencia¹⁷. Con ello, se garantiza la plena virtualidad y eficacia del recurso

¹⁴ Como, por ejemplo, dar menor o mayor credibilidad a la declaración testifical al estimar o desestimar la tacha del testigo interrogado.

¹⁵ Al faltar la percepción original inmediata es posible que algunos aspectos del lenguaje corporal se limiten en cierta medida, como también es cierto que el tribunal no le será posible formular aclaraciones al declarante. Sin embargo, otros aspectos de su lenguaje sí podrán controlarse: la seguridad, el timbre o nerviosismo en las respuestas, el tono de voz, la firmeza y rapidez en las contestaciones, la mirada, 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 orales. Del juez lector al juez espectador*, en «Instituciones», núm. 48, 2003, p. 87, y GÓMEZ BARRERO, M., *Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación* (S1TC 16/2002), en «Instituciones para la Democracia», núm. 48, 2003, p. 79.

¹⁶ Cuestión distinta es determinar cuándo y cómo los magistrados de la sección civil de la Audiencia Provincial pueden declarar 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. 6592, 23 de mayo de 2008, p. 2.

¹⁷ En la misma línea, Pérez Asenjo destaca que «debilita ineludible que el contacto directo con las partes y las pruebas personales producen una serie de inconcretas 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 el ponente 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 discernir 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» (ib. cit., p. 153).

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 efectiva¹⁸. Precisamente, para facilitar el correcto cumplimiento de la función legalmente prevista a este recurso, se exige la citada grabación¹⁹, 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 probatoria²⁰.

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 consuetudinal 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 2009²¹, 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

¹⁸ Este razonamiento lo encontramos en ANDRÉS BARRÓN, P., ob. cit., p. 66; y GIMENO SENDRA, V., ob. cit., p. 2. Y, de igual modo, PÉREZ ASENSO 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» (ib. cit., p. 158); y HERRERA ABAD considera que la imposibilidad de revisar la valoración de la prueba en segunda instancia para proteger la intermediación «provocaría» 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 intermediación como garantía procesal*, edit. Comares, Granada, 2006, pp. 67-68).

¹⁹ Sin embargo, este no es el parecer del TC, quien en su reciente sentencia 120/2009, de 18 de mayo (4.ª y 7.ª), 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 «revelación» de la prueba en segunda instancia, el TC exige el mismo grado de intermediación que en la primera instancia, pero como 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 información de la primera instancia a la segunda, possibilitando al recurso de apelación cumplir plenamente con su función revisora. El debate está abierto.

²⁰ Este 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, arribando así con la definitiva adquirida durante minutos decurso de escritura procesal consistente en dar por inexistente actuaciones realizadas en ausencia del juez).

²¹ Como destaca la SAP de Salamanca de 27 de junio de 2008 (1.ª y 3.ª) (La Ley 115146/2006). Sentencia n.º 795/2009, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

fig. 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 porqué 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 primera, con plenitud jurisdiccional para la valoración de la prueba, pero la *revisio priori 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 concuerda cuando se efectúan afirmaciones apodicticas sin razonamiento alguno (STC 6/2002, de 14 de enero), o se elude cualquier referencia sin razonamiento alguno (STC 6/2002, de 14 de enero), o se elude cualquier referencia que permita al recurrente comprender porqué 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 imediateción 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 imediateción: la LEC pretende garantizar la imediateción, 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 imagen.²⁷

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 desentender 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). Sentencia de aplicación aquí la doctrina de la STC 95/1991, de 12 de marzo, en la que el propio Tribunal de principio de imediateción y, en consecuencia, valoración del derecho a no quedar indefenso del art. 24.1 CE, por haber dictado sentencia un juez distinto del que presenció el juicio y practicado 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 imediateción 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 indebidamente valorada probatoria del juez a quo³⁰.

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 sustra-

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, véase la jurisprudencia mencionada por CABANES GARCÍA, J. C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, edic. Tirulosa, Madrid, 1992 (pola 436); BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, edic. La Ley, Madrid, 2000, p. 108; y PÉREZ ASEÑO, A. I., ob. cit., p. 147 (nota 17); y RAMOS MENDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, T. II, edic. Ardiel, Barcelona, 2008, p. 1460 (nota 3). En la misma línea de pensamiento, cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *Artículo 137. Presenta judicial en las declaraciones, pruebas y vistas*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», T. I, coord. M. A. Fernández, J. M. Ruiz y J. F. Valls, edic. Jurguena-Ardier, Barcelona, 2001, p. 605; MÚNIZ CALVO, B., *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002, p. 365; HERRERA ABILÁN, R., ob. cit., pp. 69-70; PÉREZ ASEÑO, A. I., ob. cit., pp. 151, 152 y 153. Sin embargo, en contra, vid. MONTERO ARCOA, 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 su audio.

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

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

³¹ Número de recurso 6441/2005, 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 Organos 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 arbitraría 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 lógica, 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 irrazonable¹².

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 ciza 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-

¹² De igual modo, vid. las SSAP de Ponrevetla—sección 2.ª—de 5 de julio de 2006 (EDJ 2006/256038); de Salancca—sección 1.ª—de 18 de septiembre de 2006 (RA 138/2006); o de Palencia—sección 1.ª—de 11 de junio de 2006 (EDJ 2006/259245).

tende transformar el recurso de apelación en una suerte de recurso extraordinario. La diferencia es clara¹³. Por ello, en segunda instancia puede procederse libremente a «revalorar» los resultados de la prueba practicada, sin limitarse a corregir errores manifiestos o valoraciones lógicas, absurdas o irracionales de los jueces de instancia.

V. REFLEXIÓN FINAL

La configuración de la segunda instancia como una *revivio prioris instantie* es comparable con la posibilidad de controar 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 opción pacífica, pues ciertamente el grado de inmediatez 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 instancia¹⁴. 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 apelación¹⁵, probablemente serviría de poco debido a que se perdería el necesario grado de sorpresa que hay en todo interrogatorio libre¹⁶, e iría en detrimento de la rápida resolución del recurso—que en la actualidad ya no se resuelve dentro de los plazos legalmente previs-

¹³ 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. 2.º, destaca que «el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado y puede seguir 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».

¹⁴ Cfr. PASCUAL SERRATS, R., ob. cit., pp. 359 y 362; y HERRERA ABIAN, R., ob. cit., p. 69.

¹⁵ Así, PEÑEZ ASERVO, A. I., ob. cit., pp. 152-153.

¹⁶ Como apunta ANDRÉS JARQUE, «el examen de las fuentes de prueba personales en régimen de inmediatez no puede reducirse sino al grado 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 artificio y sus aportaciones en una primera apreciación, condicionan—de forma no necesariamente consistente, aunque también—«ulteriores comportamientos» (ob. cit., p. 66).

ros—, penalizando así el derecho al proceso en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas¹⁵;

— 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 prueba¹⁶, 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.

¹⁵ En la misma línea, CALLEJÓN QUADRADO indica que para aceptar esta solución «debriamos de ser conscientes del coste de tiempo y de las dificultades de una nueva comparación» (ib. cit., p. 852).

¹⁶ Cf. PASCUAL SERRATS, R., ob. cit., p. 361.

Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**El superior no puede dejar de valorar las pruebas
ofrecidas con la apelación cuya finalidad es formar
convicción sobre los hechos**

EL SUPERIOR NO PUEDE DEJAR DE VALORAR LAS PRUEBAS OFRECIDAS CON LA APELACIÓN CUYA FINALIDAD ES FORMAR CONVICCIÓN SOBRE LOS HECHOS

Primera Sala

CAS. N° 65-2010-LA LIBERTAD

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DEMANDANTE	PAS S.R.L.
DEMANDADO	ITOS S.A. y PRIMAX S.A.
MATERIA	Declaración de resolución extrajudicial de contrato
FECHA	6 de diciembre de 2010

CRITERIO DEL TRIBUNAL

Si bien el artículo 374 del Código Procesal Civil, señala una serie de requisitos y procedimientos para que el órgano superior jerárquico incorpore medios probatorios ofrecidos en el recurso de apelación de sentencia, en procesos de conocimiento y abreviados, no menos cierto es que dichas instrumentales, debieron haber sido meritadas por el órgano superior que resolvió la apelación, ya que el derecho a la prueba tiene por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional.

BASE LEGAL:

Código Procesal Civil: arts. 188, 189, 374 y 396.

CAS. N° 65-2010-LA LIBERTAD. Lima, seis de diciembre de dos mil diez. LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número sesenta y cinco mil diez, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: 1.- **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación obrante a fojas mil quinientos dos, interpuesto por PAS SRL contra la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos ochenta y cuatro, su fecha catorce de setiembre de dos mil nueve, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que confirma la sentencia apelada obrante de fojas Mil ciento noventa y tres a fojas mil doscientos ocho en todos sus extremos, esto es, declara

improcedente la demanda en lo referente a la pretensión de declaración judicial de resolución de contrato; fundada en parte la pretensión de restitución de prestaciones en los extremos de restituir a la demandante la cantidad de cincuenta y seis mil dólares americanos y dos mil trescientos ocho nuevos soles con setenta céntimos, en consecuencia ordena que ITOS S.A. devuelva a PAS S.R.L. las mencionadas sumas de dinero; infundada en cuanto a la restitución de sesenta mil quinientos dólares americanos y veintiséis mil ochocientos veinticinco nuevos soles; infundada en lo referente a la restitución de mejoras y tributos, pago de intereses legales; improcedente el pago de costos y costas; e infundada la pretensión de pago por daños y perjuicios. 2.- **FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO:** Esta Sala Suprema por resolución de fecha veinticuatro de mayo de dos mil diez, declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la causal de: a) Infracción normativa procesal de



FALLO ANTERIOR

"El derecho a la prueba, que se desprende del derecho constitucional de defensa y que por su carácter de derecho de configuración legal se encuentra regulado, entre otras normas, por los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil, se ve en abstracto también lesionado si la Sala determina que las pruebas adjuntas al escrito de expresión de agravios deben tenerse presente en cuanto fuera de ley, sin examinar la pertinencia y oportunidad de tales instrumentos a fin de establecer si cumplen con las exigencias para efectos de su valoración en segunda instancia" (Cas. N° 2278-2004 HUAURA, El Peruano 31-05-2007).

B. J. [Signature]

los artículos I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, referido a la Tutela Jurisdiccional efectiva y 374 del citado Código Procesal, ya que al haber señalado el demandante como pretensión de la demanda la devolución de las sumas de dinero pagadas como consecuencia de la ejecución del contrato materia de resolución por la suma de sesenta mil quinientos dólares americanos pagados mediante depósitos efectuados en la cuenta de ITOS S.A. en el Banco de Crédito del Perú, obligaciones que estaban representadas en letras de cambio entregadas a dicha entidad bancaria para su descuento. Al momento de interponer la demanda, la recurrente solo tenía en su poder los documentos por los cuales la citada entidad bancaria requería el pago de las letras de cambio que estaba por vencerse, por ello, en la etapa postulatoria solo ofreció como medios probatorios dichos documentos. Sin embargo, dicha entidad bancaria, después de mucho tiempo le hizo entrega de las letras de cambio canceladas, siendo esta la razón por la cual fueron presentadas como medios probatorios recién en el escrito de apelación de sentencia de primera instancia; ese ofrecimiento de pruebas efectuado se enmarca dentro del artículo 374 del Código Procesal Civil. Al ignorar esto la Sala Superior, vulnera su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y al no valorar los medios probatorios presentados en el escrito de apelación se vulnera también el derecho a la prueba; b) De otro lado, invoca la infracción normativa procesal de los artículos 364 y 122 del Código Procesal Civil y 139 inciso 6 de la Constitución Política del Estado, ya que la resolución de vista no se pronuncia sobre todos los extremos materia de la apelación, pues esta se sustentó en cuatro agravios: 1) en relación a la pretensión de declaración de resolución de contrato; 2) en relación a las obligaciones asumidas por el demandante y PRIMAX S.A.; 3) en relación a la restitución de la prestación; y, 4) en relación a la pretensión indemnizatoria; sin embargo, la Sala Superior ha omitido pronunciarse sobre dos aspectos: i) en relación a las obligaciones asumidas por el demandante y PRIMAX S.A. ya que, se alega que existen relaciones entre ambos, pues del contrato materia de declaración judicial resulta incongruente afirmar que entre las dos partes no existió ninguna relación obligacional derivada de dicho documento, y ii) en relación al extremo de restitución de la prestación se ha acreditado el pago de los conceptos materia de restitución, resultando procedente la devolución de sus respectivos intereses conforme al artículo 1334 del Código Civil, lo cual no está supeditado a que se estime la pretensión indemnizatoria, con lo cual se vulnera la pluralidad de instancias establecida en los artículos 139 inciso 6 de la Constitución Política del Estado y 122 del Código Procesal Civil; referido a que el contenido de las sentencias debe pronunciarse sobre todas las cuestiones controvertidas. **3. CONSIDERANDO: Primero.-** Que, la demanda interpuesta por la empresa PAS S.R.L. está dirigida a obtener se declare extrajudicialmente la resolución de contrato, la restitución de prestaciones y tributos e indemnización por responsabilidad civil contractual. Sobre el primer extremo de la pretensión, que se reconozca -vía declaración- que el contrato de compraventa suscrito por ITOS S.A. como vendedor y PAS S.R.L. como compradora, con intervención de PRIMAX S.A. se encuentra

legalmente resuelto por incumplimiento de parte de los demandados. Respecto a la restitución de prestaciones y tributos, se disponga la devolución de parte de los demandados el importe pagado por PAS S.R.L. a favor de ITOS S.A. y PRIMAX S.A. por concepto de compraventa del inmueble ubicado en la calle Elvira García y García número trescientos cincuenta y nueve y el signado como Lote F, Manzana cuarenta y dos de la Urbanización Patazca, Distrito y Provincia de Chiclayo, en ejecución del contrato, cuyo Valor total pagado asciende a ciento veintidós mil cuatrocientos cincuenta y tres dólares americanos; se disponga la devolución de la cantidad de veinte mil trescientos noventa nuevos soles con setenta céntimos, por gastos de inversión material realizado para mejorar, la infraestructura de ambos inmuebles y los pagos por concepto de tributos ascendentes a treinta mil quinientos diez nuevos soles con noventa céntimos, más intereses legales correspondientes. En cuanto a la indemnización lo hagan en forma solidaria con el importe no menor de setecientos mil dólares americanos, más los intereses legales, costos y costas. **Segundo.-** Que la demandante, en la etapa postulatoria, ofrece como medios de prueba: La minuta de compraventa celebrada por ITOS S.A. con PAS S.R.L. con intervención de SHELL S.A. (hoy PRIMAX S.A.) de fecha quince de junio de dos mil cuatro (obrante de fojas diez a diecinueve); Partida Electrónica número cero dos cero dos tres seis cinco del inmueble sito en el lote F de la manzana cuarenta y dos de la Urbanización Patazca, de la ciudad de Chiclayo (obrante de fojas veinte a fojas veintitrés); Partida Electrónica número cero dos cero uno nueve cero nueve seis del inmueble sito en la calle Elvira García y García número trescientos cincuenta y nueve de la ciudad de Chiclayo (obrante de fojas veinticuatro a fojas treinta); carta notarial del veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro (obrante a fojas treinta y uno); carta notarial del veintiocho de diciembre de dos mil cuatro (obrante a fojas treinta y dos); cartas del veinticinco de abril de dos mil seis (obrante de fojas treinta y tres a fojas treinta y cinco, y de fojas treinta y seis a fojas treinta y ocho); carta de veintinueve de agosto de dos mil cinco (fojas treinta y nueve a fojas cuarenta y uno); carta de fecha veinticinco de noviembre de dos mil cinco (obrante a fojas cuarenta y dos); carta del siete de junio de dos mil seis (Fojas cuarenta y tres a cuarenta y cuatro, y de fojas cuarenta y cinco a cuarenta y seis); carta del diecinueve de abril de dos mil seis (obrante a fojas cuarenta y siete); Informe Contable Pencial (obrante de fojas cincuenta a fojas cincuenta y cinco); copias de las facturas emitidas por Shell (obrantes de fojas cincuenta y ocho a sesenta y ocho); pagos con letras de cambio al Banco de Crédito del Perú (obrantes de fojas setenta y uno a ciento noventa); depósitos a PRIMAX S.A. (obrantes de fojas doscientos dieciocho a fojas doscientos treinta y tres); pago por impuestos a la Municipalidad Provincial de Chiclayo (fojas doscientos treinta y seis a doscientos cincuenta y tres); facturas de pagos a Shell S.A. (fojas doscientos cincuenta y ocho a fojas setecientos nueve). **Tercero.-** Que, el Segundo Juzgado Civil de La Libertad, mediante Resolución número veintidós, declaró: (i) Improcedente la demanda en lo referente a la pretensión de declaración judicial de resolución de contrato; (ii) Fundada en parte la pretensión de restitución de

prestaciones, en los extremos de restitución de cincuenta y seis mil dólares americanos y dos mil trescientos ocho nuevos soles con setenta céntimos, en consecuencia ordena que ITOS S.A. restituya esos montos a PAS S.R.L.; infundada en cuanto a la restitución de sesenta mil quinientos dólares americanos y veintiséis mil ochocientos veinticinco nuevos soles, así como infundada la restitución de mejoras y tributos; infundada en lo referente al pago de intereses legales e improcedente en lo referente al pago de costas y costos como pretensión; y, (iii) infundada la pretensión de pago de daños y perjuicios, con costas y costos de la parte vencida. **Cuarto.-** Que, por su lado, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante Resolución número treinta y cinco, confirmó la sentencia apelada en todos sus extremos, por considerar que el incumplimiento por parte de las demandadas de efectuar el saneamiento de los inmuebles de la calle García y García número trescientos cincuenta nueve, y el signado como Lote F, Manzana cuarenta y dos de la Urbanización Patazca, Distrito y Provincia de Chiclayo, y en efectividad del apercibimiento señalado en las cartas notariales de fojas cuarenta y tres y cuarenta y cinco, el contrato de compraventa se resolvió de pleno derecho, por tanto, el extremo demandado sobre reconocimiento extrajudicial de resolución de contrato deviene en improcedente, máxime si los demandados no han objetado tal resolución; respecto al extremo que declara infundada la restitución de la suma de sesenta mil quinientos dólares americanos, la Sala Civil Superior estableció en la sentencia de vista que el a quo señaló que el demandante no cumplió con acreditar de manera fehaciente a través de medios probatorios idóneos, haber realizado los pagos al Banco de Crédito del Perú, debido a que, de las documentales que obran a fojas setenta y uno a ciento noventa, consistentes en avisos de vencimiento de las letras de cambio, no se puede establecer fehacientemente el pago del monto mencionado; ante lo expuesto, y en todo caso, el Juzgador debió haberles requerido la presentación de las letras de cambio **adjuntando a su escrito de impugnación, copias certificadas de las referidas letras de cambio canceladas, aue obra de fojas mil doscientos setenta y cuatro a mil trescientos catorce;** sin embargo, conforme a lo dispuesto en los artículos 188[1] y 189[2] del Código Procesal Civil, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juez respecto a los puntos controvertidos, los cuales deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, por tanto no pueden ser valorados en segunda instancia atendiendo al principio de eventualidad y preclusión de la prueba, máxime si se tiene en cuenta que dichas documentales han estado en poder de la demandante y bien pudo presentarlas como medios probatorios de su demanda; respecto a la suma de veintiséis mil trescientos ochenta nuevos soles con setenta céntimos el demandante pretende acreditar estos pagos con el informe contable financiero que obra de fojas cincuenta a fojas cincuenta y cinco, sin embargo, es un documento elaborado de manera unilateral por el demandante, por lo tanto no acredita fehacientemente que el pago aludido se haya efectuado; en cuanto a las mejoras, el demandante no ha cumplido con acreditar el pago efectuado al

Ingeniero Civil que alega llevó a cabo la obra, así como no ha acreditado que efectivamente los materiales de construcción que refiere, hayan servido para llevar a cabo dichas mejoras; respecto al pago de tributos, en la sentencia de primera instancia solo se han reconocido los pagos acreditados. Respecto a la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, de los actuados no se ha logrado acreditar efectivamente los daños sufridos por el demandante, debido a que no se requiere únicamente alegar hechos, tales como el incumplimiento de parte de los demandados de sus obligaciones, sino que debe probar en qué ha consistido el daño producido, a fin de poder determinar con precisión la indemnización que corresponda, por lo que confirma también tal extremo de la apelada. **Quinto.-** Que, en el caso *sub examine*, referida a la **Infracción normativa procesal de los artículos I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, referido a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y 3740 del mencionado Código Procesal**, se aprecia que en efecto, la demandante PAS S.R.L. impugnó la sentencia de primera instancia a través del recurso de apelación de folios mil trescientos veintitrés, su fecha veintitrés de abril de dos mil ocho, presentando entre otros, ciento trece copias legalizadas de letras de cambio (corrientes de fojas mil doscientos setenta y cuatro a fojas mil trescientos catorce) que acreditan, según su versión, la cancelación de sesenta mil quinientos dólares americanos que se obligó a cancelar a favor de ITOS S.A. a través del Banco de Crédito del Perú, en razón al contrato de compraventa celebrado entre ambos; ahora bien, en relación a si dichos medios probatorios debieron ser merituados y/o valorados por el ad quem, ya que fueron presentados en calidad de nuevos medios probatorios, la codemandada Primax S.A. al momento de absolver el traslado de la apelación incoada, argumentó respecto a dichos medios probatorios (ver fojas mil trescientos noventa y siete) que los mismos debieron haber sido presentados en el acto de postulación o en todo caso, con el recurso de apelación de la sentencia siempre que tenga relevancia jurídica para la decisión, no importe cambio o variación de la litis, que esas pruebas deben haber ocurrido con posterioridad a la contestación o siendo anterior y haber llegado recién a conocimiento de la parte que lo invoca, pero como ello no se dio, en este caso deben rechazarse tales medios probatorios. Sobre el particular, si bien el artículo 374 del Código Procesal Civil[3], señala una serie de requisitos y procedimientos para que el órgano superior jerárquico incorpore medios probatorios ofrecidos en el recurso de apelación de sentencia, en procesos de conocimiento y abreviados, no menos cierto es que dichas instrumentales, debieron haber sido merituadas por el órgano superior que resolvió la apelación, ya que el derecho a la prueba tiene por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, y si este no valora o toma en consideración los resultados probatorios, está frustrando el aludido derecho, convirtiéndolo así en garantía ilusoria y meramente ritualista, además por "el principio de incorporación de la prueba significa que todas las pruebas admitidas deben ser valoradas, aún cuando prueben en contra de la pretensión de quien las ofreció y no permite la apreciación de prueba extemporánea, pues ello llevaría a una

situación de convalidación de actuaciones irregulares¹¹, siendo ello así y, como los medios probatorios presentados por el demandante inciden directamente en la resolución del presente caso, en cuanto a ese extremo, corresponde a este Supremo Tribunal proceder en estricto de acuerdo a lo estipulado en el artículo 396, inciso 1 del Código Procesal Civil¹², en aras de la inmaculación del proceso, y disponer que la Sala Superior expida una nueva resolución, debiendo previamente en estricto proceder de acuerdo a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 374 del Código Procesal Civil, considerando que las fechas de vencimiento de las letras de cambio de fojas mil doscientos noventa y dos a mil doscientos noventa y cuatro son coetáneas y/o posteriores a la interposición de la demanda (veinte de julio de dos mil seis), debiendo por ende evaluarse su apreciación en conjunto con las demás pruebas admitidas, en estricta aplicación del artículo 429 del Código Procesal Civil.

Sexto.- Que, ahora bien, respecto a la infracción normativa procesal de los artículos 364, 122 del Código Procesal Civil y 139 inciso 6 de la Constitución Política del Estado, en cuanto a que la resolución de vista no se habría pronunciado sobre todos los extremos de la apelación interpuesta por PAS S.R.L. se verifica que las obligaciones asumidas por el demandante y PRIMAX S.A. (antes Shell S.A.) si fueron objeto de pronunciamiento por el ad quem en los numerales 3) y 5) rubro: Fundamentos de la Sala, al señalar las obligaciones de Shell como aval del referido contrato debidamente establecidas en su cláusula tercera, así como respecto a la suma de veintiséis mil trescientos ocho nuevos soles con setenta céntimos pagados mediante el recargo de cero punto cinco céntimos de nuevo sol por galón de combustible que compraba a Shell en la estación de servicio Elvira García y García, la misma que no fue acreditada fehacientemente, pues ello es prueba únicamente de la adquisición de combustible mas no el recargo que alega el demandante viene pagando; de otro lado, en relación al extremo de la restitución de las prestaciones, también fueron materia de pronunciamiento por la Sala Superior en los numerales 4), 6), 7) y 8), rubro: Fundamentos de la Sala, referidos a la restitución de

sesenta mil quinientos dólares americanos, restitución de las mejoras, restitución de pago de tributos por veintiocho mil doscientos dos nuevos soles con veinte céntimos y sobre la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, por lo que este extremo de la denuncia no puede estimarse resultando inoficiosa la denuncia invocada. Que, siendo así, al configurarse solo la infracción normativa procesal de los artículos 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil, referido a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y 374 del citado Código Procesal, desarrollado y analizado en el quinto considerando de la presente resolución, corresponde amparar el recurso de casación y proceder conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 396 del Código Procesal Civil, modificado por Ley número 29364; por cuyas razones: **4. DECISION:** a) Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación de fojas mil quinientos dos interpuesto por PAS S.R.L.; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos ochenta y cuatro, su fecha catorce de setiembre de dos mil nueve, y **nulo lo actuado en segunda instancia** desde folios mil cuatrocientos sesenta y siete. b) **MANDARON** que la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad proceda a calificar y actuar los medios probatorios ofrecidos por la demandante en el recurso de apelación de sentencia de primera instancia, con plena observancia de lo establecido en el artículo 374 del Código Procesal Civil, conforme al quinto considerando de la presente Ejecutoria Suprema. c) **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; **bajo** responsabilidad; en los seguidos por PAS S.R.L., con ITOS S.A., y PRIMAX S.A., sobre declaración de resolución extrajudicial de contrato, restitución de prestaciones y tributos e indemnización por responsabilidad contractual; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor De Valdivia Cano. **SS. ALMENARA BRYSON, DE VALDIVIA CANO, LEÓN RAMÍREZ, VINATEA MEDINA, ÁLVAREZ LÓPEZ**

(*El Peruano*, 1 de julio de 2011)

¹ Cas. N° 1304-2007-CONO NORTE, diario oficial *El Peruano* del 30-01-2001, p. 6482.

**ENTRE CORCHETES:
ANOTACIONES**

- 1** Código Procesal Civil
1. Artículo 188.- Finalidad
Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

- 2** Artículo 189.- Oportunidad
Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.

- 3** Artículo 374.- Medios probatorios en la apelación de sentencias
Solo en los procesos de conocimiento o abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos:

Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

Omisión de calificar medios probatorios que no cumplen con los requisitos para su admisión no es causal de nulidad de sentencia

OMISIÓN DE CALIFICAR MEDIOS PROBATORIOS
QUE NO CUMPLEN CON LOS REQUISITOS PARA SU
ADMISIÓN NO ES CAUSAL DE NULIDAD DE SENTENCIA

CAS. N° 2450-2008-LA LIBERTAD
SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DEMANDANTE	Consuelo Esperanza Mogollón Infante
DEMANDADAS	Ena Victoria Maguiña Loli y otros
MATERIA	Nulidad de acto jurídico
FECHA	11 de enero de 2010

CRITERIO DEL
TRIBUNAL

El ofrecimiento de pruebas efectuado al formularse apelación contra la sentencia expedida por el juez de primera instancia, no se subsume en los supuestos previstos en el artículo 374 del CPC. Por ello en virtud del principio de subsanación, el no haberse admitido o rechazado tal ofrecimiento no influye en el sentido de la decisión arribada por los órganos jurisdiccionales y, por consiguiente, el medio impugnatorio propuesto debe desestimarse.

BASE LEGAL:

Código Procesal Civil: art. 374.

CAS. N° 2450-2008-LA LIBERTAD. Nulidad de Acto Jurídico. Lima, once de enero del año dos mil diez.- LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número dos mil cuatrocientos cincuenta - dos mil ocho. En Audiencia Pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia. **MATERIA DEL RECURSO:** Es materia del presente recurso de casación la resolución de vista de folios trescientos noventa y seis, su fecha once de abril del año dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que confirmando la resolución de primera instancia declara fundada la demanda; en los seguidos por Consuelo Esperanza Mogollón Infante contra Ena Victoria Maguiña Loli y otros, sobre nulidad de acto jurídico y otras

pretensiones; **FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Mediante resolución de folios cuarenta y dos del cuadernillo de casación, su fecha veintiséis de agosto del año dos mil siete, se ha declarado procedente el recurso de casación propuesto por Ena Victoria Maguiña Loli por la causal relativa a la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso: **CONSIDERANDO: Primero.-** La impugnante denuncia casatoriamente la contravención de normas que garantizan la observancia del derecho al debido proceso, sosteniendo que al expedirse la resolución de vista no se ha tenido en cuenta, al momento de formular la apelación de la sentencia los medios probatorios ofrecidos de conformidad con el artículo 374 del Código Procesal Civil[1], siendo que la Sala Civil Superior no se ha pronunciado al respecto ni fijado fecha para la audiencia de pruebas, inobservando con ello el debido proceso contenido en el inciso 3 del artículo 139 del Código Procesal Civil[2] (sic);

FALLO
ANTERIOR

"El derecho a la prueba, que se desprende del derecho constitucional de defensa y que por su carácter de derecho de configuración legal se encuentra regulado, entre otras normas, por los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil, se ve en abstracto también lesionado si la Sala determina que las pruebas adjuntas al escrito de expresión de agravios deben tenerse presente en cuanto fuera de ley, sin examinar la pertinencia y oportunidad de tales instrumentos dentro del marco que precisa el artículo 374 del Código Procesal Civil a fin de establecer si cumplen con las exigencias para efectos de su valoración en segunda instancia" (Cas. N° 2278-2004-HUAYRA, El Peruano 31/05/2007).

Segundo.- El derecho a un debido proceso supone desde su dimensión formal la observancia rigurosa, por todos los que intervienen, de las normas, los principios y las garantías que regulan el proceso como instrumento de tutela de derechos subjetivos, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio. Desde su dimensión sustantiva se le concibe cuando la decisión judicial observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad; Tercero.- Examinados los presentes actuados en los términos propuestos, es menester realizar las siguientes precisiones: I.- La accionante Consuelo Esperanza Mogollón Infante por su propio derecho y en representación de sus poderdantes Jacqueline Rosa y Edwin Renán Maguiña Mogollón postula la demanda a fin que se declare la nulidad de acto jurídico de compraventa de fecha veintidós de mayo del año mil novecientos sesenta y el documento (minuta) que lo contiene celebrado entre Germán Tello Salavarría (vendedor) y la codemandada Ena Victoria Maguiña Loli (compradora) respecto del inmueble sito en la Calle Franford número trescientos sesenta, Urbanización Santa Isabel, Trujillo; asimismo, solicita se declare la nulidad de acto jurídico de compraventa de fecha veintitrés de febrero del año mil novecientos ochenta y tres y el documento que lo contiene celebrado entre la citada codemandada Ena Victoria Maguiña Loli (vendedora) y la codemandada Rosa Loli Gonzales (compradora) respecto del mismo inmueble y la nulidad de la escritura pública número trescientos veintiséis formalizada entre ambas demandas de fecha once de mayo del año mil novecientos ochenta y ocho. Accesoriamente solicita que se declare su mejor derecho de propiedad sobre el citado inmueble y la cesión de la fábrica construida, la reivindicación del bien y el pago de frutos e intereses legales; II.- El argumento básico de la demanda se sustenta en el hecho que el causante de la parte demandante Renán Valentín Maguiña Gonzales adquirió el inmueble materia de la pretensión demandada de su anterior propietario Germán Tello Salavarría mediante la minuta de compraventa de fecha dos de mayo del año mil novecientos sesenta, afirmándose que el derecho de propiedad de este último proviene de la división y partición celebrada por los hermanos Tello Salavarría ante el Notario Público Gerardo Chávez López de fecha treinta y uno de diciembre del año mil novecientos cincuenta y ocho y la compraventa efectuada por el referido causante ha quedado perfeccionada al cancelar el impuesto a las transferencias de inmuebles (Ley número 10804) y que luego de la adquisición cedió el bien en calidad de guardianía a las ahora demandadas, quienes lejos de desocupar el citado bien, con el objeto de apropiarse del mismo han celebrado una minuta y obtenido escritura pública ante el Notario Felipe Granados Rázuri con fecha veintitrés de febrero del año mil novecientos ochenta y tres y once de mayo del año mil novecientos ochenta y ocho, respectivamente, mediante la cual con un fin ilícito, la codemandada Ena Victoria Maguiña Loli sin ser la propietaria del inmueble sub júdice lo transfiere a favor de la codemandada Rosa Esmeralda Loli Gonzales, afirmándose además que el inmueble fue adquirido fraudulentamente del citado Germán Tello Salavarría, mediante la minuta de fecha veintidós de mayo del año mil novecientos sesenta, lo cual resulta falso porque tal antecedente



Opina

**Renzo I. Cavani
Brain^(*)**

En esta oportunidad la Sala Civil Transitoria ha demostrado que las formas no sirven por sí mismas, sino que tienden a concretar los objetivos del proceso (o, como prefiere Cándido Dinamarco en su *Instrumentalidad do processo*, del sistema procesal). En efecto, dada la función teleológica de las formas su violación no puede dar pie a una declaración de nulidad si es que el acto cumplió con su finalidad (esto es lo que reconoce imperfectamente el artículo 171 del CPC). Es por ello que el artículo 172 cuarto párrafo consagra el llamado principio (*rebus sic stantibus*: regla) de la subsanación que impide la producción de la nulidad si es que su eficacia rescisoria y la posterior renovación del acto no influirá en el sentido de este o en sus consecuencias. Esta regla se deriva, naturalmente, del principio de instrumentalidad de las formas. Es así que a pesar del grave vicio que cometió la Sala Superior al omitir la calificación de los medios probatorios ofrecidos, la Suprema hizo bien en determinar que estos habrían sido rechazados, por lo que no tenía ningún sentido declarar la ineficacia del procedimiento de apelación a partir de la comisión de dicho vicio. ¿La razón? Que el sentido de la sentencia de vista no cambiaría por no existir hechos nuevos que incorporar al *thema probandum*, ni tampoco medios probatorios que valorar.

(*) Coordinador ejecutivo de *La Ley*.

es inexistente, habiéndose producido la venta sin tracto sucesivo porque el verdadero propietario es su referido causante; III.- La parte demandada al absolver el traslado de la demanda manifiesta que la minuta que contiene el derecho de propiedad de la accionante no puede oponerse al derecho ostentado, porque este está contenido en una escritura pública, cuya eficacia es indiscutible; alega, asimismo, que el informe del Notario en tanto no existe la minuta de fecha veintidós de mayo del año mil novecientos sesenta es endeble pues si existe la escritura pública es obvio que también exista la minuta, razón por la cual no está en obligación de acreditar el tracto sucesivo siendo el inmueble sublitis propiedad legítima de la codemandada Rosa Esmeralda Loli Gonzáles; IV.- En la Audiencia de Conciliación se fijaron como puntos controvertidos el determinar si los actos jurídicos mencionados adolecen de nulidad, si como consecuencia de tal declaración le corresponde a la accionante el mejor derecho a la propiedad, la reivindicación y accesión del mismo y si, como consecuencia de esto último, le corresponde percibir el pago de frutos e intereses legales; V.- En la Audiencia de Pruebas se dejó constancia que la parte demandada no cumplió con exhibir la minuta de compraventa a su favor de fecha veintidós de mayo del año mil novecientos sesenta que se alega fue suscrita con Germán Tello Salavarría, indicándose que dicho documento no se encontraba en su poder; VI.- El juez de la causa declaró fundada la demanda de nulidad del contrato de compraventa de fecha veintidós de mayo del año mil novecientos sesenta celebrado entre Germán Tello Salavarría y la demandada Ena Victoria Maguiña Loli y la minuta que la contiene, así como del contrato de compraventa de fecha veintitrés de febrero del año mil novecientos ochenta y tres y el documento que lo contiene celebrado entre Ena Victoria Maguiña Loli y Rosa Esmeralda Loli Gonzáles del veintitrés de febrero del año mil novecientos ochenta y tres, y nula la escritura pública del once de mayo del año mil novecientos ochenta y ocho; indicándose que carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión de mejor derecho de propiedad por su condición de subordinada a las pretensiones principales; fundadas las pretensiones de reivindicación y accesión e infundadas las pretensiones de pagos de frutos e intereses legales; VII.- La codemandada Ena Victoria Maguiña Loli formuló recurso de apelación en los términos que fluyen a folios trescientos veintinueve, ofreciendo los siguientes medios probatorios: a.- La certificación de posesión emitida con fecha veinte de julio del año dos mil siete por el Teniente Gobernador de la localidad donde se ubica el bien a folios trescientos veintidós; b.- El auto expedido por la Sala Penal de fecha diez de setiembre del año mil novecientos noventa y ocho en el Expediente número ciento noventa y cinco - noventa y ocho, en el proceso seguido contra la parte demandada sobre delito contra la fe pública, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a folios trescientos veintitrés; c.- La copia de la anotación preventiva de la compraventa partida número cero tres uno dos dos cuatro cero tres, Tomo cuatrocientos sesenta y cinco folios cincuenta y cuatro, otorgada con fecha veinticuatro de abril del año dos mil siete a folios trescientos veintiséis; y d.- La sentencia de vista de fecha diez de junio del año dos mil dos, recaída en el proceso número cuatrocientos dieciocho - dos

mil dos, que desestima improcedente la demanda seguida entre las mismas partes, sobre mejor derecho de propiedad; VIII.- La Sala Civil Superior al absolver el grado de apelación confirmó la sentencia de primer grado en todos sus extremos, precisándose, conforme al estudio de autos se verifica que Germán Tello Salavarría transfirió el inmueble sublitis a favor de Renán Valentín Maguiña con fecha dos de mayo del año mil novecientos sesenta según el documento de folios dieciséis, por lo que desde esa fecha este último se convirtió en propietario del citado inmueble conforme lo prevé el artículo 949 del Código Civil y que habiendo fallecido el adquirente concurren como propietarios sus herederos (cónyuge demandante y sus hijos Jacqueline Rosa y Edwin Renán Maguiña). Asimismo se expresa que la posterior compraventa sobre el mismo inmueble de fecha veintidós de mayo del año mil novecientos sesenta celebrada por Germán Tello Salavarría a favor de Ena Victoria Maguiña Loli constituye un imposible jurídico del objeto, pues se contrajo la obligación de transferir un bien del cual ya no era propietario, siendo evidente su nulidad conforme lo prevé el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, agregándose a ello que en el desarrollo del proceso no se ha cumplido con su exhibición y se ha informado de su inexistencia por la Notaría donde supuestamente se habría celebrado. Añadiéndose que por consiguiente, también devienen en nulos el contrato de compraventa de fecha veintitrés de febrero del año mil novecientos ochenta y tres y la escritura pública de fecha once de mayo del año mil novecientos ochenta y ocho porque respecto de ellos la codemandada Ena Victoria Maguiña Loli al momento de celebrarlos no tenía la calidad de propietaria. Además se concluye en cuanto a la pretensión de mejor derecho de propiedad que al haberse estimado las pretensiones de nulidad de los citados actos jurídicos, no existe diversidad de títulos que contrastar para determinar el alegado derecho, en ese sentido, es procedente la pretensión de reivindicación en razón que la demandante ha acreditado ser propietaria exclusiva y las demandadas que carecen de dicho título y están poseyendo el bien sublitis, en cuanto a la pretensión de accesión el derecho ostentado por las demandadas se pretende acreditar con las minutas de compraventa que han sido declaradas nulas en este proceso, por lo que las edificaciones realizadas en el inmueble han sido de mala fe pues tenían conocimiento que no era de su propiedad; Cuarto.- El artículo 374 del Código Procesal Civil regula de manera excepcional y desde una interpretación restrictiva el ofrecimiento de medios probatorios en la apelación de sentencias siempre y cuando se configuren los siguientes presupuestos: a) La ocurrencia de hechos relevantes; y b) constituyan documentos de data posterior al inicio del proceso. Respecto de lo primero, se justifica porque la prueba debe ser pertinente con los puntos en discusión, procurándose que el debate se concentre en lo útil y relevante, tal como lo prevé la primera parte del artículo 190¹ del Código

¹ Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustente la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Procesal Civil[4]. Por esa razón el inciso 1 del artículo 374 del citado Código Procesal restringe su ofrecimiento a la condición de que "cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso"; en ese sentido, un medio probatorio es pertinente si tiene relación entre los hechos y la actividad de verificación que se pretende alcanzar, es decir, la prueba debe estar orientada a demostrar los hechos necesarios de prueba para que se considere pertinente. En cuanto al segundo supuesto antes mencionado, relativo al ofrecimiento de documentos de data posterior al inicio del proceso, tal supuesto guarda relación a la exigencia descrita en el inciso 2 del referido artículo 374 del Código Procesal Civil cuando prevé como condición a tal posibilidad "que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad" lo que guarda concordancia con lo previsto en la primera parte del artículo 429² del Código Procesal Civil[5], es que el ofertorio probatorio propuesto extemporáneamente es una excepción a la regla y procede siempre que sea conducente y se encuadre al asunto en litis y al objeto de la pretensión, entendiéndose como hecho nuevo a aquel acontecimiento conocido por las partes luego de entablarse la relación procesal y que tiene estrecha vinculación con la naturaleza y objeto de la pretensión; **Quinto.** - En el presente caso, se aprecia que la Sala Civil Superior al resolver el conflicto intersubjetivo, no admitió ni rechazó en forma expresa los medios probatorios aportados por la recurrente al interponer su recurso de apelación contra la sentencia de primer grado; no obstante lo cual a fin de determinar si tal omisión resulta determinante para declarar la nulidad del acto procesal, debe tenerse en cuenta lo que informa el principio de elasticidad previsto en la tercera parte del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil[6] según el cual "el Juez adecuará su exigencia (de las formalidades) al logro de los fines del proceso", el mismo que es concordante con el principio de subsanación recogido en el tercer párrafo del artículo 174 el cual prevé "no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal"; **Sexto.** - De lo expuesto, se concluye que los medios probatorios aportados al citado recurso de apelación no son relevantes para la materia controvertida, desde que la Certificación del Teniente Gobernador es un documento de posesión fechado el veinte de julio del año dos mil siete, es decir antes de expedirse la sentencia de primera instancia, en tanto que la materia controvertida principal es relativa a una nulidad de acto jurídico. Asimismo, el auto expedido por la Sala Penal es de fecha diez de setiembre

del año mil novecientos noventa y ocho a folios trescientos veintitrés y bien pudo presentarse en la etapa postulatoria correspondiente, lo cual no ocurrió, habiéndose convalidado el acto procesal en cuanto a este extremo se refiere. A todo ello cabe agregar que la anotación preventiva de folios trescientos veintiséis es la misma que aparece a folios cuarenta, aportada a la demanda, finalmente la copia de la sentencia de vista recaída en el proceso número cuatrocientos dieciocho - dos mil dos que corre a folios trescientos veintisiete, es la misma que deriva del expediente número setenta y siete - noventa y nueve, tenido a la vista al dilucidar la controversia y que fue ofrecido expresamente por la demandada al contestar la demanda. De tal manera que, tal ofrecimiento de pruebas efectuado al formularse apelación contra la sentencia expedida por el juez de primera instancia, no se subsume en los supuestos previsto en el artículo 374 del Código Procesal Civil, por ello en virtud del principio de subsanación, al no haberse admitido o rechazado tal ofrecimiento no influye en el sentido de la decisión arribada por los órganos jurisdiccionales y por consiguiente el medio impugnatorio propuesto debe desestimarse por infundado. Por tales fundamentos, con lo expuesto en el dictamen fiscal emitido por la señora Fiscal Supremo en lo Civil, a folios cincuenta y tres del cuadernillo de casación, y de conformidad con el artículo 397, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Ena Victoria Magaña Loli obrante a folios cuatrocientos veinte; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista de folios trescientos noventa y seis, su fecha once de abril del año dos mil ocho; **CONDENARON** a la recurrente al pago de una multa ascendente a dos Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados por la tramitación del presente recurso; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Consuelo Esperanza Mogollón Infante contra Rosa Esmeralda Loli Gonzáles y otros sobre Nulidad de acto Jurídico; y los devolvieron; interviniendo como ponente la señora Juez Supremo Aranda Rodríguez. - **SS. TICONA POSTIGO, PALOMINO GARCÍA, MIRANDA MOLINA, SALAS VILLALOBOS, ARANDA RODRÍGUEZ**

(Publicado en El Peruano, 30 de julio de 2010).

2 Después de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

**Pleno
Jurisdiccional
Distrital Civil**

CASACIÓN N° 1504-2007-Lima

CONSTITUYE CAUSAL DE VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO INVOCABLE EN CASACION QUE EL COLEGIADO HAYA OMITIDO PRONUNCIARSE RESPECTO DE MEDIOS PROBATORIOS QUE FUERON OFRECIDOS Y ADMITIDOS.

CASACION N° 1504-2007

FECHA DE EMISIÓN: 11-04-2008)

CAS. N° 1504-2007

LIMA.

Obligación de Dar Suma de Dinero.

Lima, once de marzo del dos mil ocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número mil quinientos cuatro guión dos mil siete, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO.**- Se trata del recurso de casación interpuesto por José Luis Godiño Acuña y Francisca Patricia Lecarnaque Sánchez de Godiño, contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y dos, su fecha tres de octubre del dos mil seis, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada de fojas trescientos setenta y uno, su fecha trece de mayo del dos mil seis, que declara improcedente la reconvencción en cuanto a la resolución del contrato de constitución de hipoteca; infundada la reconvencción en cuanto a la nulidad del acto jurídico reflejado en la suscripción del pagaré Número ocho cero cero cuatro cinco dos ocho y en lo referente a la declaración de la responsabilidad dolosa en la suscripción de dicho pagaré, fundada en parte la demanda; ordena que los demandados paguen al Interbank la suma de doscientos sesenta y un mil ciento cuarenta y dos punto veintiocho dólares americanos, más los intereses compensatorios y moratorios devengados, costas y costos; en los seguidos por Banco Internacional del Perú - Interbank, contra Empaquetaduras y Anexos Sociedad de Responsabilidad Limitada y otros, sobre obligación de dar suma de dinero. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO.**- Esta Sala Suprema mediante resolución de fojas veintiocho del presente cuadernillo, su fecha veinte de septiembre del dos mil siete, ha estimado procedente el recurso por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, prevista por el artículo trescientos ochentiséis, inciso tercero, del Código Procesal Civil. Los impugnantes denuncian que la sentencia impugnada no ha cumplido con la valoración de la prueba a que se refiere el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil; señalan que presentaron nuevos medios probatorios que posibiliten crear convicción a los miembros de la Sala Revisora; estas pruebas se admitieron y tienen la finalidad de acreditar los hechos que configuran su defensa, de lo cual deriva una doble exigencia: primero, la de no omitir la valoración de ellas y segundo, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos, razonables y en conjunto con las demás pruebas. Sin embargo, como se puede apreciar en la resolución impugnada, nada de ello existe. Agregan los impugnante que de acuerdo al artículo trescientos setenta y cuatro del Código Procesal Civil, de ser admitidos los nuevos medios probatorios, debe fijarse fecha para la audiencia respectiva, pero esta audiencia no existe, sólo se dijo que dichas pruebas serán actuadas el mismo día de la vista de la causa. **CONSIDERANDO: Primero.**- Que, previamente a la absolución de la denuncia formulada por los recurrentes conviene hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso: A) A fojas diecinueve el Banco Internacional del Perú interpone demanda de obligación de dar suma de dinero, en contra de Empaquetaduras y Anexos Sociedad de Responsabilidad Limitada y otros, solicitando que los emplazados cumplan con pagar la suma de doscientos sesenta y un mil ciento cuarenta y dos punto veintiocho dólares americanos, más intereses compensatorios y moratorios, gastos, costas y costos. B) Tramitada la demanda de acuerdo a su naturaleza, mediante sentencia de fojas trescientos setenta y uno, su fecha dieciséis de marzo del dos mil seis, el juez de la causa emite fallo declarando improcedente la reconvencción respecto a la resolución del contrato de hipoteca y su ampliación, infundada la reconvencción respecto de la nulidad del acto jurídico contenido en el pagaré y fundada en parte la demanda, ordenando pagar la suma puesta a cobro, más intereses compensatorios y moratorios, costas y costos. C) Mediante escrito de fojas cuatrocientos treinta y dos, de fecha cuatro de abril del dos mil seis, los ejecutados José Luis Godiño Acuña, Francisca Patricia Lecarnaque Sánchez, Guillermo Godiño Acuña y Nelly Esperanza Correa Ruiz de Godiño, interponen recurso de apelación contra la sentencia mencionada, el cual es concedido mediante resolución de fojas cuatrocientos treinta y nueve, su fecha veinticinco de abril del dos mil seis. A este escrito, bajo la invocación del artículo trescientos setenta y cuatro del Código Procesal Civil, los recurrentes adjuntaron diversos medios probatorios. D) Mediante resolución de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y nueve, su fecha veintiuno de agosto del dos mil seis, el Superior Colegiado precisa los medios probatorios que admite, señalando además que los mismos serán actuados el día de la vista de la causa. E) Mediante sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y dos, su fecha tres de octubre del dos

mil seis, se confirma la sentencia apelada; **Segundo.-** Que, los recurrentes, como fundamento del presente recurso de casación, sostienen que la sentencia de vista impugnada contraviene las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, dentro de ellas la regla prevista en el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, que regula el principio de valoración de la prueba; **Tercero.-** Que, efectivamente, el citado principio está contenido en el numeral indicado (ciento noventa y siete del Código Procesal Civil), el cual prescribe que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada; **Cuarto.-** Que, tal como se ha reseñado anteriormente, los ejecutados cumplieron con ofrecer, como medios probatorios en su escrito de apelación de sentencia, una serie de actuados del proceso signado con el Número veintiséis mil seiscientos cuarenta y uno - cero cuatro, tramitado por ante el Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima, habiendo el Superior Colegiado admitido algunos de ellos, los mismos que ha precisado en la precitada resolución de fojas cuatrocientos cuarenta y nueve. No obstante ello, del examen de la sentencia de vista ahora impugnada, se advierte que el ad quem ha omitido pronunciarse respecto a estos medios probatorios, razón por la cual se hace evidente la transgresión del deber de valorar adecuadamente los medios probatorios actuados, contenido en el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, cabe señalar, a este respecto, que los medios probatorios forman una unidad y, en tal sentido, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontándolos uno por uno, recíprocamente y puntualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme; **Quinto.-** Que, la omisión en que ha incurrido el Superior Colegiado reviste particular trascendencia, por cuanto de los medios probatorios sub examine se advierte que en el proceso Número veintiséis mil seiscientos cuarenta y uno - cero cuatro, las garantías ejecutadas provenían de las obligaciones que constaban en el pagaré Número ocho cero cero cero cuatro cinco dos ocho, que es el mismo pagaré anexado a la presente demanda. Esto hace presumir, que la demandante estaría pretendiendo hacerse doble pago de la misma deuda, ya que conforme consta en el medio probatorio de fojas doscientos ochenta (sentencia de vista del proceso veintiséis mil seiscientos cuarenta y uno - cero cuatro) se ha ordenado el remate de los bienes dados en garantía, en tanto que en el presente proceso se ha declarado fundada la demanda respecto de la deuda, que según ha sostenido la propia entidad demandante, consta en el pagaré Número ocho cero cero cero cuatro cinco dos ocho. Esto implicaría un abuso de derecho, el cual está proscrito por nuestro ordenamiento jurídico por mandato del artículo II del Título Preliminar del Código Civil; **Sexto.-** Que, lo expuesto comporta que se ha verificado la causal denunciada, esto es, se ha transgredido el numeral ciento noventa y siete del Código Procesal Civil y con ello el derecho al debido proceso de los recurrentes. Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo dispuesto por el artículo trescientos noventa y seis, inciso segundo, apartado dos punto uno, del Código Procesal Civil, Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por José Godiño Acuña y otra, por consiguiente, **CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y dos, su fecha tres de octubre del dos mil seis; **ORDENARON** que la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima emita nueva sentencia acorde a ley y a las consideraciones precedentemente expuestas; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por el Banco Internacional del Perú contra Nelly Esperanza Correa Ruiz y otros sobre obligación de dar suma de dinero, Vocal Ponente Miranda Molina, y los devolvieron.-

S.S.
TICONA POSTIGO
SOLIS EPINOZA
PALOMINO GARCIA
CASTAÑEDA SERRANO
MIRANDA MOLINA

(*) Fuente: Poder Judicial
(**) Sumilla: SPIJ- MINJUS

**Pleno
Jurisdiccional
Distrital Civil**

CASACIÓN N° 958–03- Puno

que admiten que el agraviado pretenda el resarcimiento de los perjuicios en la vía extrapenal, aun cuando en el proceso penal se hubiera constituido en parte civil; siempre y cuando se acredite que la sentencia condenatoria penal no contempló todos los daños o variedad de perjuicios que se solicitan en la demanda civil, ejerciendo y resguardando los derechos de quien ha resultado perjudicada con el hecho delictivo; **Noveno:** Que, el inciso sexto del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Civil señala que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad representar a los hijos en lo actos de la vida civil, dispositivo que debe ser concordado con el artículo ciento sesenticuatro del Código Civil según el cual el representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado, y si fuere requiendo, a acreditar sus facultades; **Décimo:** Que, por tanto, al haberse constituido el demandante en parte civil en el proceso penal, a nombre propio sin especificar que lo hacía en nombre de sus menores hijas, éstas no han podido verse beneficiadas con la reparación civil fijada en la sentencia penal; contribuye a corroborar lo dicho, el hecho que en el presente caso la pretensiones que contiene la demanda abarcan otra gama de daños como son daño moral, daño a la persona, responsabilidad extracontractual e indemnización punitiva, extremos que evidentemente no han sido analizados por el Juez penal al momento de fijar la reparación civil en el proceso penal; evidenciándose en conclusión que el pronunciamiento de las instancias está dirigido a reparar integralmente los daños derivados del ilícito; en consecuencia las instancias han emitido pronunciamiento conforme a derecho no evidenciándose las causales invocadas; por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos quince, en consecuencia; **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos ochentinueve, de fecha treintinueve de diciembre del dos mil dos; **CONDENARON** a la recurrente al pago de costas y costos originados en la tramitación del presente recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por José Wilfredo Zavala Solórzano contra Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; y los devolvieron.- **SS. MENDOZA RAMÍREZ, AGUAYO DEL ROSARIO, LAZARTE HUACO, PACHAS AVALOS, QUINTANILLA QUISPE C-41510**

CAS. N° 846-03 LIMA, DESALOJO. Lima, trece de agosto del dos mil tres.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.** Vista la causa número ochocientos cuarentiséis - dos mil tres, en Audiencia Pública de la fecha, producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas trescientos treinta y seis por Industrial Albert's & Compañía Sociedad Anónima Cerrada contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintinueve de fecha once de octubre del dos mil dos, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos dos, de fecha veintiséis de julio del dos mil uno, que declara fundada la demanda de desalojo, con lo demás que contiene; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, por resolución de fecha veintitrés de mayo del año en curso, obrante a fojas cuarentinueve del cuadernillo formado en esta Sala Suprema, se declaró procedente el recurso por las causales de aplicación indebida de una norma de derecho material y de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; con respecto a la primera causal la recurrente manifiesta que se ha aplicado indebidamente el artículo novecientos once del Código Civil toda vez que ha quedado acreditado que el recurrente conduce el inmueble en base a un título, esto es, un contrato de arrendamiento que aunque pueda ser válido o inválido, los efectos que produce es que dicha posesión puede ser legítima o ilegítima pero no precaria; con respecto a la segunda causal la recurrente manifiesta a) que no ha sido observado el artículo ciento noventa y siete del Código adjetivo y el artículo ciento treinta y nueve incisos tercero y quinto de la Constitución Política, pues no han sido valorados conjuntamente los medios probatorios, pues únicamente ha sido analizado el contrato de arrendamiento aisladamente de los demás medios probatorios que determinan la existencia de una duplicidad de títulos de propiedad sobre el mismo inmueble, evidenciándose un conflicto de derechos de propiedad que el demandante no logra acreditar de forma indubitable su condición de propietario porque si bien es cierto tiene su título inscrito en los Registros Públicos, esta inscripción es netamente declarativa y no constitutiva de derechos sumándose a ello la existencia de contratos así como de declaraciones judiciales y reconocimiento de derecho de propiedad a favor de Juan Huertas Eduardo; b) que ha sido vulnerado el principio de congruencia contenido en el inciso séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil infringiendo el artículo ciento veintinueve y ciento veintidós inciso tercero y cuarto del Código Procesal Civil; pues no es materia de controversia determinar la validez o invalidez del contrato de arrendamiento, toda vez que el punto controvertido era determinar si el demandado se encontraba ocupando la propiedad en condición de precario; c) que ha sido vulnerado el artículo décimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el

principio de vinculación y formalidad por cuanto ha declarado ineficaz el contrato de arrendamiento sin observar los artículos doscientos cuarentidós y doscientos cuarentidós del citado Código Civil, que el contrato de arrendamiento presentado es válido y su eficacia jurídica se acredita de conformidad con el artículo doscientos cuarentidós inciso tercero del Código Procesal Civil siendo el caso que la oportunidad de su certificación notarial se realizó antes de incorporarse el recurrente al presente proceso de tal forma que su relevancia jurídica es plena; y **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que, por cuestión de orden, primero se procede al examen de la causal de errores *in procedendo*, pues de ser amparada ésta, carecería de objeto pronunciarse respecto a la causal sustantiva, en consideración a lo dispuesto en el numeral dos del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; **Segundo:** Que, en esta acción de Desalojo por Ocupación Precaria está en discusión si el contrato de arrendamiento de fojas ochentidós a ochenticuatro, otorgada por Rosana Gloria Monterola Abregú a favor del demandado, constituye un título que deviniera la condición de precario que las Instancias de mérito le atribuyen a este último; **Tercero:** Que, resultando impredecible que los jueces de mérito califiquen tal título, al haber actuado éstos así, no existe vulneración al Principio de congruencia, como reclama el recurrente; **Cuarto:** Que, se advierte que la sentencia de vista contiene su propia fundamentación sin haber hecho suyos los fundamentos de la sentencia apelada; **Quinto:** Que, no obstante ello, esta Sala Casatoria no puede dejar de apreciar lo establecido en el sexto considerando de la sentencia del A - que, según el cual la demandante adquirió su derecho de propiedad del inmueble sub litis de su anterior propietaria Inmobiliaria Constructora y Administradora Santa Lucía Sociedad Anónima que es la misma de quien, según lo glosado en su contestación de la demanda de fojas noventa y uno, la demandada afirma derivar su derecho de arrendataria en virtud de sucesivas transferencias de dominio a favor de Juan Huertas Eduardo y Rosario Gloria Monterola Abregú; **Sexto:** Que, respecto a esta materia la Sala de Vista a concluido que el contrato de arrendamiento de fojas ochentidós a ochenticuatro adquirió fecha cierta a partir del veinte de diciembre del año dos mil, es decir, con posterioridad a la demanda interpuesta el veintisiete de noviembre de dicho año y que al no haberse ofrecido otros medios probatorios el referido contrato no produce convicción de la alegada relación jurídica arrendataria que otorgue al demandado título arrendatario, por la que su posesión es precaria; **Séptimo:** Que, sin embargo, no resulta ser exacto que no se hayan ofrecido otros medios probatorios que enerven lo anteriormente glosado, pues la demandada ofreció, y fueron admitidos por el juzgado en la audiencia de fojas ciento veintiséis los contratos de fojas sesentidós y el de fojas setentinueve a ochenta, así como la certificación de fojas sesentidós y la comunicación de fojas sesentiocho, medios probatorios que han debido ser materia de análisis y valoración en conjunto con las ofrecidas por la demandante conforme a la regla del artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil; **Octavo:** Que, siendo esto así, el Ad quem ha incurrido en vulneración del derecho a un debido proceso de la recurrente, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el numeral dos punto uno del inciso segundo del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos treinta y seis por Industrial Albert's & Compañía Sociedad Anónima Cerrada, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas trescientos veintinueve, de fecha once de octubre del dos mil dos; **ORDENARON** que el Ad quem dicte una nueva sentencia con arreglo a ley; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Inmobiliaria Polarís Sociedad Anónima contra Industrial Albert's & Compañía Sociedad Anónima Cerrada sobre Desalojo por Ocupación Precaria; y los devolvieron.- **SS. MENDOZA RAMÍREZ, AGUAYO DEL ROSARIO, LAZARTE HUACO, PACHAS AVALOS, QUINTANILLA QUISPE C-41511**

CAS. N° 958-03 PUNO, DIVORCIO. Lima, doce de setiembre del dos mil tres.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA;** con los acompañados; vista la causa número novecientos cincuentiocho - dos mil tres, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación de fojas trescientos noventa y dos interpuesto por doña Isabel Alvarez Calderón, contra la sentencia de Vista de fojas trescientos ochentidós, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno de fecha dieciocho de marzo del dos mil tres que confirmando la apelada de fojas trescientos veinte, fechada el dieciocho de diciembre del dos mil dos, declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, declarando disuelto el vínculo matrimonial, ordenando la cesación de la obligación alimentaria e integrando la misma ordena la división y partición de los bienes de la sociedad conyugal; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Por resolución de éste Supremo Tribunal del veintidós de mayo del presente año, se declaró la procedencia del recurso por las causales contempladas en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochentidós del Código Procesal Civil, sustentándose en los siguientes argumentos: a) la inaplicación del artículo trescientos cuarentidós - A del Código Civil, modificado por la Ley Número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, por cuanto

para demandar el divorcio por la causal de separación de hecho al amparo del inciso doce del artículo trescientos treinta y tres del Código Sustantivo, el demandante debió acreditar estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo; sin embargo, nunca ha existido pacto o acuerdo de fijar tales alimentos, por el contrario ha tenido que demandarlo judicialmente al tener necesidad material; asimismo, la inaplicación del artículo trescientos cincuenta del referido cuerpo sustantivo, en cuanto establece que "el indigente debe ser socorrido por su cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio", encontrándose imposibilitada de efectuar trabajo físico por lo que tiene pleno derecho para gozar de la pensión alimenticia; b) la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso señalando que ha ofrecido en su escrito de apelación nueva prueba con arreglo al artículo trescientos setenta y cuatro del Código Procesal Civil, sin embargo, no ha merecido pronunciamiento por parte de la Sala Superior, lo que transgrede la norma adjetiva acotada; y, **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, corresponde pronunciarse respecto de la causal de errores in procedendo, que de resultar fundado este extremo carecería de objeto resolver por la causal de errores in iudicando denunciada; **Segundo.-** Que, existe contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso cuando, en el desarrollo del mismo, no se han respetado las garantías procesales que la Ley otorga a las partes que litigan; se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones, o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normalidad vigente; **Tercero.-** Que, la contravención del debido proceso acarrea la nulidad anticipada por esta aural estado de anomalía del acto procesal, originado en la garantía de alguno de los elementos constitutivos o vicios existentes sobre ellos que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido; **Cuarto.-** Que, de acuerdo al principio de eventualidad o preclusión en materia probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, tal conforme se advierte de los artículos cuatrocientos veinticinco inciso quinto y cuatrocientos cuarenta y tres inciso quinto del Código Procesal Civil; con este principio se busca impedir que una de las partes provisto de medio probatorio de último momento procure una decisión judicial en su beneficio y en perjuicio de la otra parte, quién no habría podido controvertir su eficacia probatoria, afectando su derecho al debido proceso. No obstante ello, el ordenamiento procesal establece una excepción a la regla antes indicada, vía apelación contenida en el artículo trescientos setenta y cuatro del Código acotado, el cual previene, que sólo en los procesos de conocimiento y abreviados, las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios, los que deberán presentarse en el escrito de apelación o de absolución de agravios, y únicamente cuando se dan las situaciones que prevén los incisos uno y dos del referido numeral; **Quinto.-** Que, en el caso de autos, la recurrente ofreció nuevos medios probatorios en el punto siete de su escrito de apelación de fojas trescientos cuarentinueve, y si bien no invocó el numeral trescientos setenta y cuatro del Código Acotado, ello no obsta para que el Colegiado Superior se pronunciara respecto al rechazo o admisibilidad de dichas pruebas, más aún si la impugnante a través de su escrito de fojas trescientos sesenticinco hizo alusión a las indicadas pruebas, omitiendo por tal razón proceder conforme lo establece la parte, in fine - del dispositivo antes glosado, situación que no sólo crea incertidumbre respecto de la suficiencia de las pruebas que sustentan la demanda, sino que además ha ocasionado que la apelante vea limitado su derecho de defensa; **Sexto.-** Que, esta omisión acarrea la nulidad del fallo, toda vez que no se han tomado en cuenta que las normas procesales son imperativas y de cumplimiento obligatorio conforme a lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por lo que corresponde amparar la denuncia por la causal in procedendo, porque se trata de un acto procesal que carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad; **Sétimo.-** Que, por lo expuesto, de conformidad con lo previsto en el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas trescientos noventa y seis interpuesto por Isabel Alvarez Calderón, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas trescientos ochentisiete, de fecha dieciocho de marzo del presente año; e **INSUBSISTENTE** lo actuado desde la resolución de fojas trescientos cincuenta y ocho a cuyo estado repusieron para que la Sala Superior se pronuncie respecto a la valoración de los medios probatorios ofrecidos por la demandada en su escrito de apelación de fojas trescientos cuarentinueve; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Nazario Pacheco Jacho en contra de Isabel Alvarez Calderón, sobre Divorcio; y los devolvieron.- **SS. AGUAYO DEL ROSARIO, LAZARTE HUACO, PACHAS AVALOS, QUINTANILLA QUISPE**

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR WALDE JAUREGUI ES COMO SIGUE: Primero: Que, advirtiéndose de autos que la demanda de divorcio interpuesta por don Nazario Pacheco Jacho se encuentra sustentada en la causal de separación de hecho de los cónyuges, incorporada como tal al artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, mediante la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco publicada en el Diario Oficial El Peruano el siete de julio del

dos mil uno; antes de proceder al análisis de la causal invocada por la recurrente en su recurso de casación de fojas trescientos noventa y seis, declarada procedente por Resolución Suprema de fojas diecinueve del cuadernillo formado ante este Supremo Tribunal, es menester tener en consideración lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo ciento treinta y tres de la Constitución Política del Estado, en virtud al cual, "en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior"; **Segundo:** Que, en ese sentido, debe advertirse que es objeto de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, incorporar como causal de la separación de cuerpos y subsiguiente divorcio a las causales ya establecidas en el artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años; siendo que de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la mencionada Ley, la misma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; **Tercero:** Que, lo expuesto en la referida Disposición Legal, traslata al ordenamiento jurídico en su integridad, debiendo de considerarse al respecto que de acuerdo con los artículos ciento tres y ciento nueve de la Constitución Política del Estado, respectivamente, la Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma Ley que posterga su vigencia en todo o en parte. Ninguna Ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo; **Cuarto:** Que, en efecto la primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, establece la aplicación de la causal de separación de hecho, incorporada a las causales de separación de cuerpos y divorcio previstas en el artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, a los supuestos existentes al momento de su entrada en vigencia, agregando además que en tales casos, la sociedad de gananciales fenecce a partir de la entrada en vigor de la citada Ley; **Quinto:** Que, en el caso de autos el demandante, mediante escrito de demanda de fojas cuarenta y tres interpuesta el trece de setiembre del dos mil uno y al amparo de lo dispuesto en la Disposición Final y Transitoria antes citada, pretende hacer valer una separación de hecho como causal de divorcio que data del año mil novecientos sesentisiete; **Sexto:** Que, la referida disposición evidencia una clara incompatibilidad con la norma constitucional contenida en el artículo ciento tres de la Constitución Política del Perú, en la medida que no respeta la disposición fundamental relativa al tema de la vigencia de la Ley en el tiempo, no pudiendo dársele fuerza ni efectos retroactivos; consideraciones por las cuales: **MI VOTO** es por que se declare **INAPLICABLE** al presente caso la Ley veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sean elevados los presentes autos en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.- **SS. WALDE JAUREGUI C-41512**

CAS. N° 984-2003 LIMA, EJECUCION DE GARANTIAS. Lima, diecinueve de noviembre del dos mil tres.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA;** vista la causa novecientos ochenta y cuatro - dos mil tres; en Audiencia Pública el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley emite la siguiente sentencia, **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Braulio Chávez Tinoco, contra la resolución de vista de fojas ciento cuarentiocho, su fecha veinte de diciembre del dos mil dos, que confirmando la apelada de fojas ciento dieciocho, fechada el treinta y uno de julio del dos mil dos, declara fundada la contradicción y ordena proseguir con la Ejecución; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha veintisiete de mayo del dos mil tres ha estimado procedente al recurso solo por la causal de inaplicación de una norma de derecho material; expresando el recurrente como fundamentos: que, no habiéndose determinado como bien hipotecado la edificación o fábrica, sino tan solamente el terreno, conforme exige el citado artículo, la hipoteca contenía una nulidad formal; de tal modo que la contradicción bajo dicha causal debió ser amparada; **CONSIDERANDO: Primero:** Que conforme a reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Suprema Corte y a la doctrina nacional, los caracteres jurídicos de la hipoteca son: a) constituye un derecho real sobre un bien determinado; b) es un derecho accesorio, puesto que se constituye en seguridad del cumplimiento de una obligación determinada o determinable; y c) es indivisible, de tal modo que recae sobre todo y cada una de las partes y si el bien hipotecado se divide, todas y cada una de las partes continúan gravadas en garantía del cumplimiento o pago, como así lo establecen los artículos mil cien, mil ciento uno y mil ciento dos del Código Civil; **Segundo:** Que tal como puede apreciarse este derecho real de garantía recae sobre un inmueble específicamente determinado y la extensión de la hipoteca alcanza hasta donde comprenda este mismo bien, vale decir, la hipoteca, de un lado, no puede recaer sobre inmuebles descritos en forma genérica sino individualizados conforme a sus características propias que los identifiquen plenamente; y, de otro lado, ésta se extiende hasta las partes integrantes del bien y sus accesorios, además del importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación en su caso; lo que significa que todo lo ajeno al bien hipotecado específicamente