



ANEXO DE LECTURAS

CURSO “TEORIA GENERAL DEL PROCESO”

III NIVEL DE LA MAGISTRATURA

UNIDAD I: NULIDADES PROCESALES

LECTURA OBLIGATORIA

ORTIZ DE ZEVALLOS CASTILLO, Juan. (Junio - Junio 2009). La regulación actual de las nulidades procesales y la búsqueda de un proceso justo, flexible y eficaz en el Perú. Derecho Virtual, N° 2, 29. 02/02/2016, De www.derechovirtual.com Base de datos.

PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los elementos de todo acto procesal? defínalos.
2. ¿En qué se diferencia una nulidad absoluta de una relativa?
3. ¿En qué consiste la posición mixta en el sistema de nulidades procesales?
4. ¿Cómo revalora el concepto de justicia según la posición del autor?



LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS NULIDADES PROCESALES Y LA BÚSQUEDA DE UN PROCESO JUSTO, FLEXIBLE Y EFICAZ EN EL PERÚ*

JUAN ORTIZ DE ZEVALLOS CASTILLO**

RESUMEN: El autor presenta la teoría y principios aplicables a la nulidad procesal, así como su aplicación actual en la práctica peruana, donde muchas veces los jueces prefieren la formalidad del acto procesal en lugar de los fines del proceso en sí mismo atendiendo a lo que la doctrina denominado Debido Proceso Sustantivo. De otro lado, el autor aborda el uso desmedido que se hace actualmente de este recurso-remedio en los procesos civiles peruanos, realizando una comparación histórica con el anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912 y su denominado Recurso de Nulidad. Finalmente, se asume una posición mixta con referencia a dicha articulación, así como al hecho que busca la sociedad peruana, esto es lograr que el Poder Judicial sea predecible, seguro y efectivo, con jueces honestos y éticos que garanticen el derecho de defensa entre las partes, permitiendo que las nulidades procesales sean un instrumento aplicable como ultima ratio.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal Civil, recurso de nulidad

ABSTRACT: The author presents the theory and principles applicable to the revocation proceedings, as well as its actual implementation in practice in Peru, where judges often prefer the formality rather than the aim of the process itself, according to what the doctrine calls the Substantive Due Process. Moreover, the author addresses the excessive use of this resource-remedy in civil proceedings in Peru, making a historical comparison with the previous Code of Civil Procedure of 1912 and its called appeal for annulment. Finally, he assumes a mixed position on this issue, considering that Peruvian society is looking for a predictable, safe and effective judiciary, with honest and ethical judges to ensure the right of defense between parties, allowing the annulment process is applied as a last resort.

KEYWORDS: Civil Procedural Law, appeal for annulment

REFERENCIA RECOMENDADA:

ORTIZ DE ZEVALLOS CASTILLO, Juan. “La regulación actual de las nulidades procesales y la búsqueda de un proceso justo, flexible y eficaz en el Perú”. *Derechovirtual.com*, Segunda Época, Nº 2, Junio-Julio 2009, Lima: Asociación Civil Impulso Legal Peruano, 29 pp., <http://www.derechovirtual.com/uploads/archivos/E2n2Ortiz.pdf>, consulta: dd/mm/aaaa.

* Dedico este artículo a mi familia, y a mis amigos.

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.



“Los jueces ¿aplican la ley o hacen justicia?
Acaso ¿no es lo mismo?”
— Osvaldo Gozaíni

Sumario: 1. Introducción. 2. La nulidad procesal como especie del acto jurídico. 2.1 El acto procesal. 2.1.1 Concepto de acto procesal. 2.2 La nulidad procesal. 2.2.1 Concepto de nulidad procesal. 2.2.2 Vicios que originan la nulidad procesal. 2.2.3 Clases de nulidad procesal. 2.2.4 Principios que rigen la nulidad procesal. 2.2.5 Finalidad de la nulidad procesal. 3. El uso de la nulidad procesal en la praxis peruana. 3.1 De su uso indebido y desmedido en el proceso ordinario de conocimiento y en el proceso de ejecución. 3.2 Breve comparación histórica del incidente de Nulidad en el Código de Procedimientos Civiles de 1912. 4. En búsqueda de un criterio adecuado y práctico de nulidad procesal. 4.1 Posición mixta: en busca de una interpretación armónica en el sistema de nulidades procesales. 4.1.1 Hacia una declaración de nulidad procesal predecible, flexible y segura. 4.1.2 El valor justicia y el debido proceso: libertad vs. formalidad. 4.1.3 Garantismo vs. activismo procesal, a propósito de soluciones rápidas. 5. Reflexiones finales.

1. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad ayudar al estudio del incidente de nulidad procesal, analizado desde sus diversos ámbitos de aplicación en el actual Código Procesal Civil, ya sea entendido como subespecie del acto jurídico civil, o entendido de manera autónoma aplicando principios procesales y los derechos constitucionales establecidos en nuestro ordenamiento.

En el mismo sentido buscamos demostrar luego del análisis realizado, que las partes siguen usando este incidente como un instrumento para dilatar el proceso, asimismo intentamos dejar establecido que el valor justicia y la búsqueda del Debido Proceso Sustantivo (*Substantive Due Process*) debe ser una premisa en el actuar de los juzgadores, a fin de flexibilizar su criterio y alejarlo de los formalismos que en muchos casos logran hacer que el proceso se retrotraiga por vicios no trascendentales, ocasionando que las partes alcancen justicia luego de varios años en litigio, decayendo ello en una sentencia ineficaz.

¿Qué ocurre en el proceso civil peruano que hace tan difícil determinar cuándo a los jueces les parece que estamos –o no– ante circunstancias esenciales del acto procesal para declarar la nulidad del proceso, y volverlo así más lento e inseguro de lo que actualmente es?, ¿acaso las partes utilizan la nulidad como arma para dilatar el proceso?, ¿o es que acaso nuestro Código Procesal Civil debería adecuarse a la realidad actual que permita el desarrollo de un proceso más flexible, siendo el juez un real director del proceso, eliminando estos vicios apenas surjan y permitiendo así la destugurización de nuestro Poder Judicial?

A todo esto, debemos añadir que usualmente para analizar los actos procesales sometidos a vicios de nulidad, se aplica la teoría del acto jurídico civil, la misma que a nuestro entender debe ser aplicada conjuntamente con diversos principios procesales con el fin de alcanzar una coherente y eficaz declaración de nulidad en el proceso civil peruano.



Es así que buscamos advertir la real trascendencia de declarar la nulidad procesal, de cara a sus efectos, toda vez que al ser aplicada por el juzgador puede tener como consecuencia, incluso, la nulidad de todo lo actuado, volviendo un proceso bastante avanzado a “fojas cero” en el peor de los casos, generando problemas e inseguridad para los justiciables, pues es una realidad conocida que un proceso puede en la actualidad durar fácilmente seis años, alcanzando el denominado Recurso de Casación ante la Corte Suprema, recurso que nació como extraordinario y que lamentablemente en la actualidad continúa siendo usado como uno de revisión de fallos, no obstante lo cual de forma somera hacemos mención al mismo y a su reciente modificatoria mediante la Ley Nº 29364 (publicada en el diario Oficial El Peruano el 28 de mayo del 2009), y cuya aplicación y eficiencia es temprano analizar; no obstante mediante el presente trabajo se intenta mostrar la problemática que existe en la Casación de cara al incidente de nulidad.

En efecto, lo que intentamos es buscar una adecuada aplicación del incidente de nulidad procesal en los distintos ámbitos procesales, ya que creemos que este instituto tiene una posición gravitante en el proceso civil puesto que su “mal uso”, su uso desmedido o indebido por las partes, o su mala interpretación por el lado del juez; puede por un lado hacer más inseguro y más impredecible al proceso actual, volviéndolo torpemente lento, y en el peor de los casos puede hacer perder al justiciable la efectividad que buscó alcanzar en el proceso civil.

Por estos motivos es que se busca desde un análisis histórico, la evolución de la presente institución, pretendiendo encontrar respuestas a los problemas antes señalados por medio de un análisis independiente o adecuándolo a las figuras netamente procesales, para finalmente y en la búsqueda de salidas a este problema, proponer una mayor flexibilización a esta figura a través de un “real” juez director –ético y moral–, que no permita vicios insubsanables y en tal medida que permita que el proceso “fluya” en un cauce rápido y efectivo, aminorando la inseguridad y buscando en la sentencia una real justicia para el caso concreto.

Finalmente, es necesario señalar que la presente investigación no busca abarcar el ámbito de la cosa juzgada y del consecuente proceso por nulidad que se puede iniciar en caso la parte vencida decida interponer demanda por actos fraudulentos durante el proceso primigenio, toda vez que dicho tema es –a nuestro parecer– materia de un análisis exhaustivo adicional.

2. La nulidad como especie del acto jurídico

2.1 El acto procesal

Iniciaremos esta investigación buscando comprender lo que normalmente podemos entender por acto procesal, habida cuenta de cómo lo trata la doctrina general, esto es como una subespecie del acto jurídico civil.



2.1.1 Concepto de acto procesal

Empezaremos señalando que el acto procesal tiene los elementos propios del acto jurídico, es decir capacidad, objeto, finalidad y forma; asimismo respecto al ámbito de aplicación habría que señalar que el acto procesal ocurre dentro de un determinado proceso judicial, y de una determinada relación jurídico procesal, regulada normalmente por normas de derecho público, salvo pacto en contrario según el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Es así que no podemos entender *prima facie* como hacen algunos autores,¹ al señalar que el acto procesal no es únicamente de naturaleza pública, pues ello conllevaría a restringirlo innecesariamente, tal como señala Arrarte:

“(…) si bien las normas que establecen las formalidades de los actos procesales son de derecho público, ello no implica que todas las normas procesales que establecen requisitos formales sean de orden público, es decir, no todas son imperativas.”²

Siendo así, el propio Código Procesal Civil estaría permitiendo en ciertos casos el pactar contra las normas, por ejemplo el artículo 25° permite pactar sobre la competencia territorial del juez; o el artículo 361° permite pactar la renuncia a interponer recurso alguno contra la resolución que pronunciándose sobre el fondo le ponen fin al proceso. No obstante sí existen normas imperativas, que priorizan la forma de los actos buscando proteger el derecho de defensa *inter partes*, debiendo ser el juez quien según su experiencia y conocimiento del derecho, no genere injusticia para alguna de las partes al priorizar la forma sobre el fin primordial que es encontrar un Debido Proceso ágil y predecible.

Continuando con este análisis, describiremos los elementos del acto procesal, entre los que se encuentran: **(1)** la Manifestación de voluntad que es la esencia del acto, la voluntad interna del sujeto con discernimiento, intención y libertad; **(2)** la Causa que difiere del derecho civil, en tanto en el mundo procesal los efectos de la misma se supeditan a la ley procesal y no a la mera voluntad del sujeto, habría que mencionar que los procesalistas identifican la causa con el interés, siendo éste determinante pues define la licitud del comportamiento de las partes, permitiendo que la judicatura en su momento pueda pronunciarse sobre la procedencia o sobre el fondo de la materia en litis; **(3)** el Objeto se refiere a la materia que versará en el proceso (pudiendo referirse a una cosa, un hecho o una persona), debiendo ser jurídicamente posible, previsto en la ley o deseado por las partes; **(4)** la Forma se refiere a las leyes que definen las condiciones de lugar, tiempo y modo, lo cual desde la imposición del sistema publicístico en nuestro ordenamiento ha venido a supeditarse a la idea del juez como figura protagónica en el proceso, como su real director con plena libertad para valorar la prueba, no supeditado a la formalidad de las normas, toda vez que su único motor y motivo es resolver con justicia para las partes. Como señala Zavaleta:

¹ Roger ZAVALA RODRÍGUEZ, “El Laberinto de las Nulidades Procesales”, *Revista Derecho y Sociedad*, año 12, Nº 15, noviembre 2000, p. 57.

² Ana María ARRARTE ARISNABARRETA, “Alcances sobre el tema de la nulidad procesal”, *Ius Et Veritas*, año VI, Nº 11, noviembre 1995, p. 130.



“Las formas, entonces dejaron de ser un fin en sí mismas y hoy nos rige el principio de instrumentalidad, en virtud del cual el fin de los actos procesales es el que determina su validez o invalidez. Efecto de todo lo anterior, es también el principio de elasticidad o flexibilidad de las formalidades, que implica la adecuación de las exigencias formales al logro de los fines del proceso.”³

Lo cual se condice con el artículo IX del Título preliminar del CPC que señala que pese a que las formalidades del Código son imperativas, el juez podrá adecuar su exigencia al logro de los fines del proceso.

Finalmente, consideramos importante señalar nuestra postura, la misma que no se condice con el planteamiento tradicional del acto procesal (entendido como subespecie del acto jurídico civil), siendo la única finalidad del presente capítulo el ilustrar sanamente sobre el criterio que es generalmente trazado en doctrina; pues mediante el capítulo siguiente buscamos demostrar que restringirlo a una subespecie del acto jurídico merma en su contenido no solo al ser entendido “regularmente” esto es con plenos efectos dentro del proceso, sino también en su faceta “irregular” en el denominado incidente de nulidad, en tal sentido Alvarado Velloso señala sobre la estructura del acto procedimental:

“Así, resulta menester descomponer lógicamente el acto procedimental en su tres elementos posibles: el sujeto que lo realiza, el objeto que procura y la actividad que necesariamente él efectúa para lograrlo.

- 1) (...) el elemento sujeto permite analizar, respecto de todas las posibles personas que actúan procesalmente, su aptitud (capacidad y legitimación para obrar) y voluntad de actuar;
- 2) el elemento objeto permite estudiar la idoneidad del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que siempre debe existir entre el contenido y la forma;
- 3) el elemento actividad cumplida permite analizar el cómo, dónde y cuándo se realiza. Es decir, la forma, el tiempo, y el lugar donde el acto se cumple”⁴.

Cabe añadir respecto a los vicios de la voluntad, que existen posiciones encontradas, la mayoría de autores no acepta su estudio a fin de determinar la validez o no de los actos procesales, sin embargo creemos que ello conllevaría a seguir un proceso deficiente, en tal sentido podemos señalar lo siguiente:

“(...) alguna legislación (cual es el caso de España) norma la nulidad de todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o fuerza, disponiendo que los jueces que hubiesen cedido a ellas, tan luego se vean libres, declaren nulo todo lo practicado y promuevan al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables”⁵.

Somos partidarios de la idea que el único fin que se busca o debería intentar en un proceso judicial, es aquel donde el Valor Justicia⁶ se priorice por encima de las

³ Roger ZAVALA RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 60.

⁴ Adolfo ALVARADO VELLOSO, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Primera Parte – Reimpresión, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Junio 2004, p. 287

⁵ *Ibidem*, p. 287.

⁶ Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Derecho a una decisión justa como elemento esencial de un Proceso Justo”, *Revista Derecho y Sociedad*, año 12, Nº 15, noviembre 2000, pp. 39-40.



formalidades (necesarias para la validez y eficacia de los actos procesales), y estas se tornen en un real instrumento dentro de un proceso judicial rápido, flexible y eficaz, donde se destierre el uso de las nulidades como armas dilatorias propias de sistemas judiciales formalistas donde el juez no es quien dirige el proceso.

2.2 La nulidad procesal

A continuación intentaremos proponer en base al análisis realizado una aproximación al concepto del llamado incidente de nulidad procesal, los vicios que lo originan, las clases de nulidad procesal, los principios que le rigen, y la finalidad que se busca obtener regulando este incidente.

2.2.1 Concepto de nulidad procesal

Habiendo intentado esclarecer lo que normalmente se entiende por acto procesal, entendido como una subespecie del acto jurídico, el mismo que busca generar efectos específicos dentro del proceso, y que cuando existen vicios intrínsecos o extrínsecos degenera en una nulidad procesal, es pertinente definirla.

En posición que compartimos, señala Arrarte que la nulidad procesal es un medio impugnatorio cuyo sino es “cuestionar la validez o eficacia de un acto jurídico procesal o de todo un proceso”; en tal sentido al ser definido abiertamente como medio impugnatorio cabe preguntarnos ¿a qué tipo nos referimos, se trata de un recurso o un remedio?

Nuestro Código Procesal Civil en su artículo 356° hace esta doble diferencia dentro de los medios impugnatorios, es así que podemos darnos cuenta que este incidente procesal no solamente es un recurso pues a través de éste nos es permitido cuestionar actos procesales contenidos en una resolución; sino que también es un remedio ya que nos permite impugnar actos procesales no contenidos en resoluciones (Vg. Solicitar la nulidad de una notificación o de una audiencia).⁷

Por ello la nulidad procesal podrá recaer sobre actos procesales que ocurran dentro del proceso y que no cumplan con la formalidad establecida en la ley, y también sobre meros actos procesales irregulares que no se vean reflejados necesariamente en una resolución, pero que generen efectos dentro del proceso.

Es interesante la postura que toma Zinny⁸ respecto a la sanción de los actos procesales, pues menciona que el rechazo a través de una nulidad ocurre cuando el acto ya fue admitido al proceso; en tal sentido se sanciona con la Inadmisibilidad a los actos que no tienen tal suerte, sin el consabido pronunciamiento sobre el contenido del acto. Dicha postura podría ser enriquecida, señalando que no existe sanción para aquellos actos procesales viciados que son mantenidos o consentidos en el proceso por no tener efectos determinantes para el proceso.

⁷ Ana María ARRARTE ARISNABARRETA, *Op. Cit.*, pp. 127-128.

⁸ Alberto HINOSTROZA MINGUEZ, *La nulidad procesal (en el proceso civil). Doctrina y Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 15.



En tal sentido la nulidad procesal, será tanto un recurso y un remedio procesal excepcional, cabe así la siguiente interrogante ¿es necesario considerarlo un recurso que sea visto por el superior, más aún si ya contamos con la Apelación?, ¿por qué motivo se permitiría deducir este incidente y permitir que el juez se pronuncie sobre el fondo de la cuestión, no basta tan solo la Apelación?

Parecería que se está regulando doblemente un recurso que le permitiría al juez pronunciarse sobre el fondo del asunto por dos vías (por medio de la Apelación, y por la nulidad), tomando como nuestra la postura que la nulidad no solamente sirve para cuestiones de forma, sino para cualquier tipo de vicio que afecte al acto procesal. Sin embargo esto que en un inicio puede parecer cierto, no lo es; ya que el Recurso de Apelación sirve prioritariamente para resoluciones (según norma de orden público establecida en el Código Procesal Civil), siendo la articulación de la nulidad una institución que solo puede deducirse como *ultima ratio*, cuando al vicio no le corresponda otra salida. Cabe pues señalar que, podría la parte apelar una resolución que se encuentre con vicios formales (Vg. Que no hubiese habido una adecuada valoración de las pruebas y consecuentemente una deficiente motivación) restando al Superior resolver sin entrar a los temas de fondo, tal como regulan los artículo 380° y 382° CPC éste último que señala: “El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad (...)”.

Sin embargo como bien puede ocurrir en la vida real, en caso se deduzca la nulidad de la resolución apelada, el juez debería ponderar la afectación al derecho de defensa de la parte recurrente, y en caso la afectación no sea determinante para el fin que buscan los justiciables (pues tal vez solo lo hacen para dilatar el proceso), debería desestimarla y continuar con la causa, en igual sentido se pronuncia Calamandrei respecto a las formalidades del proceso:

“Las formas procesales no sirven, (...) para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino por el contrario para hacerlo más simple y claro, en cuanto fuerza a las partes a reducir sus actividades al mínimo esencial y a servirse de modos de expresión técnicamente apropiados (...), en lugar de un embarazo para la justicia son en realidad, una preciosa garantía de los derechos y libertades individuales.”⁹

En resumen tenemos que los formalismos, únicamente sirven de instrumento al fin primordial que buscaron las partes al solicitar la tutela del Estado, esto es buscar a través del proceso, una solución rápida, justa y eficaz al conflicto acontecido; el mismo que en la actualidad no solo se ve mermado por la terrible carga procesal que sufre nuestro Poder Judicial, sino además al apego legalista del que sufren algunos jueces nacionales al admitir nulidades que no son siempre trascendentales, ni afectan el derecho de defensa de la parte recurrente y que dejan al llamado Principio de Instrumentalidad de las formas recogido tan solo en la norma.

⁹ Ana María ARRARTE ARISNABARRETA, *Op. Cit.*, p. 130.



2.2.2 Vicios que originan la nulidad procesal

Es pertinente en este recuento teórico el referirnos brevemente a lo que se entiende por nulidad procesal, entendiendo al acto procesal como una subespecie del acto jurídico civil, conteniendo así sus mismos elementos (capacidad, objeto, fin y forma).

Así las cosas, existen dos posiciones respecto de los vicios en un acto procesal que pueden originar nulidades, por un lado Alsina y Couture que toman solo el elemento forma como vicio válido; de otro lado existe una posición más feliz y lógica que no solamente toma como referencia la forma, sino también la capacidad, el objeto y la finalidad del acto, pudiendo según esta última posición, clasificar los vicios como intrínsecos y extrínsecos, siendo los primeros aquellos que se encuentran en el contenido del acto, mientras los segundos surgen del incumplimiento de la formalidad señalada en las normas.¹⁰ Nuestra posición se condice con esta segunda posición toda vez que creemos que limitar nuestro análisis únicamente a la forma del acto procesal es pernicioso si buscamos comprender todos sus posibles problemas.

2.2.3 Clases de nulidad procesal

Existen diversos modos de clasificar las nulidades procesales, en el presente trabajo vamos a mencionar las que nos parecen más importantes¹¹.

A) Nulidades absolutas y relativas; la nulidad absoluta ocurre cuando los vicios que afectan al acto procesal son soezmente graves, pues el proceso se vería burlado y violado, distorsionándose desde ese momento, pues no solo generaría indefensión a la otra parte, sino también estaría oponiéndose a normas de carácter público; habría además que señalar que existe discusión respecto a si el acto inexistente es distinto a uno de nulidad absoluta, creemos que no obstante literalmente podemos entender que inexistente podría entenderse un acto no nacido (porque no genera efectos en ningún sentido), nos acogemos a la idea de que un acto nulo comprende la idea de inexistencia, pues un acto declarado nulo por algún vicio generará que dicho acto deje de tener efecto y deje de existir procesalmente. Las nulidades relativas por el contrario son aquellas en donde los vicios del acto no son determinantes, por lo que respecto a ella se pueden aplicar los principios de convalidación y subsanación si fuera necesario.

B) Nulidades expresas e implícitas o virtuales; las nulidades expresas se refieren a aquellas que se encuentran citadas en la norma y no requieren interpretación. De otro lado las nulidades implícitas o también llamadas virtuales son las que se encuentran sobreentendidas en la norma bajo sanción, debiendo supeditarse a la interpretación de la norma.

C) Nulidades totales y parciales, siendo la nulidad total aquella que buscaría invalidar todo el proceso, en tanto que la parcial supone solo la invalidez de algún acto procesal.

¹⁰ *Ibidem*, p.129.

¹¹ Alberto HINOSTROZA MINGUEZ, *Op. Cit.*, pp. 41 *passim*.



Creemos que hacer una distinción de este tipo, solo ayuda a su estudio doctrinario, mas no práctico del incidente en sí; por ello no tomamos preferencia por ninguna de estas tipologías.

2.2.4 Principios que rigen la nulidad procesal

Los principios establecidos en nuestro Código Procesal Civil a partir de los artículos 171° y siguientes, permiten no solo entenderlos como una opción de *ultima ratio*, sino restringirlos a situaciones muy específicas, donde se vulnera el derecho de defensa vulgarmente. Entre estos, tenemos:

A) Principio de Especificidad, regulado dentro del artículo 171° CPC como “Principio de Legalidad”, señala que no basta la omitir la formalidad establecida en la ley para que nazca una nulidad, siendo que dicha sanción solo podrá aplicarse cuando surja de manera expresa o implícita en la ley.

Como bien podemos deducir las nulidades expresas se encuentran establece la propia norma bajo sanción de nulidad, sin embargo las implícitas al no estar en la ley “deberán aplicarse si el incumplimiento formal ha generado que el acto no cumpla con su finalidad, afectando de esta manera el derecho de las partes.”¹²

Asimismo es válido señalar que en doctrina se acepta que no necesariamente todas las nulidades deben estar expresas en la norma, pues existen otro tipo de nulidades llamadas Implícitas que pueden ser declaradas aunque no exista texto legal que la señale, siempre que el juzgador considere que “se han incumplido formalidades que impiden al acto lograr su finalidad.”¹³

Señalan algunos autores que este principio estaría condicionado al principio de instrumentalidad de las formas que se generaría cuando el acto no estuviese cumpliendo el fin para el cual fue creado, desprotegiendo al derecho de defensa y en consecuencia degenerando en nulidad incluso a pesar que no exista sanción expresa. Es así como podemos entender la lógica de la existencia de las nulidades Implícitas, pues este principio también implicaría *contrario sensu*, que a pesar de existir norma expresa, no habría nulidad cuando el acto hubiera cumplido la finalidad para la que se creó.

B) Principio de Convalidación, regulado en el artículo 172° CPC, permite que los defectos formales de los actos procesales sean saneados por la mera voluntad de la parte afectada. Pudiendo existir convalidación expresa, esto es cuando la parte lo ratifica, y tácita que ocurre cuando el legitimado para articular la nulidad no lo hace en su “debido” momento (el conocido pedido “en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo”) activando así el principio de preclusión que se basa en razones de economía y celeridad procesal.¹⁴

¹² Ana María ARRARTE ARISNABARRETA, *Op. Cit.*, p. 130.

¹³ Roger ZAVALA RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 62.

¹⁴ *Ibidem*, p. 64.



Consideramos que este principio debe interpretarse con cuidado, toda vez que existen posiciones con la de Couture al decir que “(...) frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho”; no seguimos dicho comentario pues consideramos que habría que buscar en primer lugar la justicia por encima de la seguridad jurídica. El aplicar sin mayor motivación aquel principio romano que dice “el que calla otorga”, contradice toda idea de seguridad dentro del proceso, lo vuelve formalista al permitir que el juez sin mayor motivación (y puede que el vicio sea soezmente obvio) frente a una deducción extemporánea (excede “la primera oportunidad que tuviera para hacerlo”), simplemente considere que el vicio no es trascendente señale su convalidación, generando a partir de ese momento un conflicto subordinado a la litis principal del proceso, que probablemente será evaluado por el Superior Jerárquico quien retrotraerá hasta aquel punto todo el proceso, consecuentemente tornándolo más lento y generando más carga procesal.

Habría pues por otro lado señalar el relacionado al tiempo en que se puede deducir una nulidad, pues cabe que señalar que la opción del artículo 176° CPC de no establecer plazo, es solo eso, una opción que en nuestra opinión genera inseguridad. Tal como señala Zavaleta¹⁵ no podemos saber si se trata del primer escrito que presenta la parte perjudicada o el primer escrito del que se deduce haber tomado conocimiento del vicio incurrido, peor aún y tomando como cierto el segundo supuesto, ¿qué ocurre si ese escrito es presentado recién 5 meses después de enterarse?, como señala Zavaleta el criterio de justicia nos lleva a pensar que dicho escrito debe ser improcedente, pero el problema es ¿cómo delimitar el plazo?

Existen en otros ordenamientos, tales como el del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, que en su artículo 170° concede 5 días de plazo para deducir nulidad, caso contrario existiría consentimiento tácito. Es así que puede constatarse que en estos ordenamientos se opta por señalar un plazo para deducir la nulidad de actos viciados, en nuestra opinión brindándole mayor seguridad al trámite; lo cual no es óbice para que el juez como director del proceso, pueda declarar la nulidad de oficio en caso considere que se trata de nulidades insubsanables, motivando su resolución y retrotrayendo el proceso hasta el momento que considere, tal como señala el artículo 176° CPC.

A su vez dicho artículo regula una serie de instituciones tales como la “Aquiescencia” que implica un comportamiento de la parte agraviada que demuestre que está la conformidad respecto al efecto que genere el acto viciado;¹⁶ asimismo se menciona la “Finalidad del Acto” que dice que un acto procesal es válido aún a pesar de no haber cumplido la formalidad que requiere la ley, en tanto esté cumpliendo el fin para el que se le creó, la presente institución no solo se encontraría en el artículo 172° CPC, sino además en su artículo 201° CPC. Creemos sin embargo que estos términos no inhiben el único sentido de la norma, esto es la convalidación de un acto.

¹⁵ *Ibidem*, p. 65.

¹⁶ Ana María ARRARTE ARISNABARRETA, *Op. Cit.*, p. 132.



Cabe en este momento señalar que el Principio de Finalidad en nuestra opinión es determinante, pues incluso existiendo supuestos sancionados con nulidad expresa, si el acto a pesar de su irregularidad logra el fin al que fue destinado, no tiene porqué ser declarado nulo. Esta posición se condice con lo señalado por Maurino¹⁷ que establece una doble formulación al decir sobre este principio lo siguiente:

“a) No basta la sanción legal específica, para declarar la nulidad de un acto, si éste no obstante su defecto ha logrado la finalidad a que estaba destinado (función atenuadora e integradora); y b) No habiendo sanción legal específica, puede declararse la nulidad cuando el acto no ha cumplido su finalidad (función autónoma).”

En tal sentido no creemos que el juez deba aplicar el principio legalista para las nulidades expresa, y el principio finalista para las nulidades implícitas, peor aún no estamos de acuerdo con lo señalado por algunos autores respecto a que si hay un acto viciado castigado con nulidad expresa, es imposible que cumpla con su fin; ello no se condice con nuestro modo de interpretar el derecho a un proceso justo y efectivo, pues ¿de qué sirve aplicar a rajatabla las normas, sin tomar en consideración el caso concreto, y minimizar más aún la figura del juez como tomador de decisiones prácticas ante problemas reales?. Por ello creemos adecuado entender que las normas al ser generales y abstractas no pueden dar una solución específica al caso concreto, en tal sentido es el juez quien crea derecho y en consecuencia una salida legal a un caso concreto, en tal sentido “si el juzgador estima que el acto irregular ha cumplido con su función, aún exista norma expresa, aquél será válido”¹⁸, aplicando así una interpretación finalista del artículo 171° CPC.

Asimismo dicho artículo contiene otro instituto llamado de “Subsanación”, el mismo que señala que no cabe la nulidad si ésta no cambia en modo alguno el sentido de la resolución o las consecuencias del acto procesal, incluso si el vicio se soluciona, buscando así evitar un gasto innecesario en tiempo y dinero. Finalmente tenemos la llamada “Integración” que se encuentra establecida en dos periodos de tiempo, esto es antes y después de la notificación, teniendo efectos importantes el segundo supuesto, que le permite al juez integrar una resolución luego de la notificación (en consecuencia habiendo generado efectos) donde hubiera omitido pronunciarse respecto a un punto principal o accesorio, siempre que no estuviese vencido el plazo de impugnación.

Cabe además señalar que existen autores como Arrarte y Zavaleta que opinan que el Juez Superior también podría integrar la resolución recurrida, siempre que la fundamentación se encuentre en la parte considerativa del A-Quo, para no violar el principio de Doble Instancia y el Debido Proceso, dicha opinión es consecuente con el fin último que existiría, esto es llegar a un proceso justo y eficaz.

C) Principio de Trascendencia, regulado en el artículo 174° CPC, nos dice que no hay nulidad sin agravio, debiendo ser dicho perjuicio cierto e irreparable y además acreditando su legitimidad aquella parte que la deduce, es decir y como señalásemos antes no hay nulidad por el mero hecho que la ley lo estipule. Habría pues que señalar que estamos de acuerdo con el requisito adicional que exige el Código al señalar que

¹⁷ Roger ZAVALA RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 63.

¹⁸ *Ibidem*, p. 64.



quien articula la nulidad, debe además precisar cuál es la defensa que dejó de utilizar, pues con esto se busca evitar su uso indebido por las partes en el proceso.

Por esto consideramos que no pueden ampararse las partes en un simple “perjuicio del debido proceso”, y menos puede el juez amparar este pedido pues considera que es un caso de nulidad expresa, creemos en la función del juez como real director del proceso, en tal sentido la nulidad expresa solo podría usarse en un caso concreto donde el incumplimiento de la formalidad genere casi con absoluta seguridad la violación flagrante del derecho de defensa, como por ejemplo el deber de motivación que tiene todo juez respecto a sus resoluciones.

D) Principio de Protección, este se encuentra regulado como “causal de improcedencia” en el artículo 175º inciso 1); tiene su base en la teoría de los actos propios, según la cual nadie podría deducir su nulidad basándose en su propia conducta, pues carecería de interés y de legitimidad para ello; en tal sentido “nadie puede alegar su propia torpeza, pues no será oído¹⁹”, lo contrario sería violar el principio de lealtad y buena fe procesal, permitiendo que litigantes conflictivos siembren nulidades a lo largo del proceso para denunciarlas cuando el proceso no les sea favorable.

E) Principio de Conservación, este principio se deduce de la misma naturaleza de la nulidad, es decir al ser este incidente un medio impugnatorio de *última ratio*, limitado y excepcional, por lo que deben las partes y el juez buscar la conservación de los actos procesales, solo admitiendo el trámite de las mismas ante supuestos de flagrante indefensión; por otro lado en caso existan nulidades parciales, se entenderá que se mantiene la eficacia de la parte del acto que sea independiente y no adolezca del vicio.

En resumen podemos decir que estos principios deben procurar ser utilizados de forma conjunta y armoniosa, tarea difícil pero necesaria para lograr que la institución de la nulidad procesal logre su verdadera finalidad, esto es asegurar el debido proceso, la igualdad entre las partes, asegurando el derecho de defensa, la celeridad y practicidad en el trámite del proceso, y reduciendo el formalismo. Es así que señala Zolezzi acertadamente:

“En el nivel de la práctica forense y los usos ante los tribunales, la nulidad posee el raro privilegio de ser el refugio de la dilación y la sinrazón, y a la vez la arena que puede dar cabida a los aspectos más sublimes del proceso. Lo primero alude a la costumbre de los abogados de sembrar nulidades a lo largo del proceso con el objeto de invocarlas si ven perdida la causa. Lo segundo, a los muchos casos en que una nulidad oportunamente deducidas o declarada de oficio ha restablecido el equilibrio entre las partes y protegido el derecho de defensa.”²⁰

En nuestra opinión con el Código Procesal Civil se busca reducir el primer problema que el maestro Zolezzi señala, lo segundo es simplemente el fin al debemos aspirar.

¹⁹ Ana María ARRARTE ARISNABARRETA, *Op. Cit.*, p. 134.

²⁰ Lorenzo ZOLEZZI IBÁRCENA, “Las nulidades procesales en el derecho comparado”, *Revista de Derecho de la PUCP*, Nº 40, diciembre 1986, p. 330.



2.2.5 Finalidad de la nulidad procesal

Respecto al presente acápite queda señalar que la nulidad procesal en nuestra opinión tiene como fin último el garantizar el derecho de defensa de los particulares durante un proceso judicial determinado, que surge por vicios en las actuaciones procesales en todo su sentido, es decir incumplimiento de las formas, la causa, el objeto o la manifestación de voluntad, buscando alcanzar un proceso justo y una sentencia realmente eficaz. En tal sentido como señala Alsina “(...) donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión, no hay nulidad (...)”.²¹

Por lo que no podemos dejar de recalcar que el incidente de nulidad debe ser interpretado y aplicado de manera restrictiva, es decir en caso el juez tenga duda respecto a su aplicación, debe evitar usarla y continuar con el *iter* procesal; además debemos recordar que la nulidad de un acto conforme lo señala el artículo 173º CPC no tiene por qué afectar al resto de actos en caso se considere que éstos no afectan la defensa de la parte contraria. Finalmente adherirnos a la idea seguida en doctrina que señala que un acto procesal viciado es válido y genera efectos hasta que una decisión judicial señale respecto a él lo contrario.

3. Del uso de la nulidad procesal en la praxis peruana

Es conocido que el Poder Judicial peruano en la actualidad es catalogado como una institución insegura y lenta, en donde la falta de credibilidad en los jueces es una tarea pendiente de solucionar, es así que respecto a la honestidad señala Parodi Remón:

“No hay duda que el énfasis que la doctrina está dando al problema en los últimos tiempos, se deba en gran parte a la falta de soluciones concretas que se ofrecen en relación con el drama judicial que todos vivimos, lo que deviene en una falta de credibilidad, cada vez más notoria, en el Poder Judicial, vislumbrándose al respecto un futuro impreciso que es imprescindible remontar, si queremos realmente una paz social verdadera y permanente y no precaria ni aparente”.²²

En efecto creemos que dicha falta de credibilidad en el Poder Judicial, es aumentada –entre otros motivos– por las innecesarias articulaciones de nulidades procesales que muchas veces acontecen durante el trámite del proceso previo a la sentencia, o durante su ejecución con sentencia favorable, incidentes que el juez debe solucionar de modo ético, transparente y con la suficiente autoridad que le confiere la ley, procurando motivar adecuadamente sus decisiones a fin de no afectar el derecho de defensa de las partes.

²¹ Alberto HINOSTROZA MINGUEZ, *Op. Cit.*, p. 39.

²² Carlos PARODI REMÓN, “¿Activismo o Garantismo Judicial?”, En: *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho (colaboraciones peruanas)*, Primera Edición, Idemsa Editores, Lima, Abril 2009, p. 523.



3.1 De su uso indebido y desmedido en el proceso ordinario de conocimiento y en el proceso de ejecución

Es de conocimiento general que tal como está regulado actualmente el incidente de nulidad procesal en nuestro sistema, las partes siguen haciendo de su uso, una estrategia para dilatar el proceso, arguyendo en muchos casos la afectación de su derecho de defensa, o la tan usada afectación al Debido Proceso, cuyo amplio bagaje de derechos protegidos conocemos.

Tal vez en un intento de salvar este indebido uso de las nulidades procesales, producto de la amplia y general regulación de este instituto procesal, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“(...) la igualdad de las partes en el proceso judicial es una garantía fundamental del Principio de Equidad que preserva el Debido Proceso legal donde compete al juzgador el equilibrio de la posición objetiva con que las partes se aproximan al proceso judicial”²³.

No obstante ello, es justo mencionar que también el legislador ha tratado de limitar el uso innecesario de las nulidades procesales, así por ejemplo se advierte de lo establecido en el artículo 174° del Código Procesal Civil, el cual regula el interés del recurrente para usar este instrumento procesal, no pudiendo ampararse únicamente en un amplio concepto como es el derecho de defensa, sino que además tiene que acreditar el perjuicio que le causa el acto impugnado, y evidenciar su legítimo interés en lo solicitado. Veamos lo establecido en dicho dispositivo legal:

“Artículo 174°: Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo acreditará interés propio y específico con relación a su pedido”.

En línea con lo anterior, podemos decir que a pesar de encontrarse regulado el derecho de defensa en el artículo 139 inciso 14) de nuestra Constitución Política vigente, ello no convalida el uso y abuso procesal del instituto de la nulidad, del que muchas veces se valen las partes en contienda, so pretexto del “derecho de defensa”. Claro está que será el juzgador quien en atención al principio de razonabilidad deberá atender los casos en que sea procedente su planteamiento.

De ahí que sea válido concluir que el uso desmedido de las nulidades procesales no solo atenta el Principio de Razonabilidad, sino que además afecta al Debido Proceso Sustantivo (*Substantive Due Process*), el mismo que le reconoce a las partes las garantías procesales en un juicio razonable, legítimo, adecuado y legal. Sobre esto señala Quiroga:

“(...) el juzgamiento en sí mismo debe ser producto, o mejor dicho, debe contener intrínsecamente en todo momento, el denominado Principio de Razonabilidad, sin el cual no podremos jamás enfrentarnos a un juicio ponderado, justo, equitativo, legítimo y que

²³ Aníbal QUIROGA LEÓN, “El debido proceso legal en el sistema de justicia peruano”, Jurista Editores, Lima 2003, p. 72.



tenga como fin una sentencia judicial que efectivamente sea producto del ejercicio de subsunción que todo juzgador debe realizar. La razonabilidad en el acto de juzgar a una persona es, por encima de cualquier otro derecho, tal vez lo que más debe preocupar hoy en día, puesto que no solo se requiere contar con procedimientos impecables, intachables, transparentes y absolutamente respetuosos de las reglas procesales que existen en todo ordenamiento jurídico, sino que, en el desarrollo de la relación jurídico procesal, la actividad del juzgador deberá tener presente en todo momento si efectivamente lo que realiza es un acto razonable o no”²⁴.

Es decir el límite que existiría para articular la nulidad procesal sería la razonabilidad del pedido y el deber de la acreditación previa de su interés, pues el declarar procedente un pedido de esta naturaleza generaría inevitablemente un incidente ajeno a la litis principal que demoraría aún más el proceso.

Pero quizá lo más grave de advertir un error sea el no intentar corregirlo, y, hay que decirlo, no se conoce de propuestas legislativas dirigidas a modificar la regulación actual de las nulidades procesales, lo que genera malestar en los litigantes y justiciables que ven su derecho a la tutela judicial efectiva, cada vez más lejano. Pero, ¿por qué tanta preocupación por la tutela judicial efectiva?, dicha interrogante nos la absuelve el Tribunal Constitucional en la STC N° 4080-2004-AC/TC publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26.10.2005, cuyo fundamento 14 establece lo siguiente:

“14. El derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 139°, inciso 3, donde si bien aparece como “principio y derecho de la función jurisdiccional”, es claro tanto para la doctrina unánime como para la propia jurisprudencia de este Tribunal, que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida”.

Pues bien, si entendemos que el retraso por parte de los justiciables a alcanzar tutela efectiva es una afectación a un derecho constitucional, no es posible que se siga permitiendo, el uso indiscriminado de este incidente procesal con el objeto de dilatar el proceso. En tal sentido continúa la citada Sentencia en sus fundamentos 19 y 20 respecto al plazo razonable en la ejecución de sentencias:

“19. El derecho a la ejecución de la decisión de fondo contenida en una sentencia firme, también supone su cumplimiento en tiempo oportuno. El derecho a obtener un pronunciamiento de fondo en un plazo razonable, ha sido precisado por este Colegiado como una “(...) manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139°3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana”. (Expediente N° 0549-2004-HC/TC, F.J. 3). Si bien tal precisión se hacía en el ámbito de afectación del derecho de libertad como consecuencia de un proceso penal, este Tribunal considera que el derecho a una decisión sobre el fondo y al cumplimiento de la misma en un plazo razonable es extrapolable a todo tipo de procesos jurisdiccionales. El plazo razonable no

²⁴ *Ibidem*, p. 25.



sólo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una demanda y la decisión sobre el fondo, sino que resulta indispensable que dicho concepto se entienda también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no debe exceder lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas.

20. En consecuencia, toda dilación indebida que retarde innecesariamente el cumplimiento pleno de lo que mediante una sentencia judicial firme se ha ordenado, debe entenderse como vulneratoria del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la constitución reconoce”.

Por tanto tenemos que, bajo el pretexto del derecho de defensa y/o cualquier otro postulado jurídico, las partes litigantes nunca estarán legitimadas para hacer uso desmedido de la nulidad procesal ni en el proceso de conocimiento, ni en un proceso de ejecución de sentencia, donde el uso irracional de las nulidades procesales permitiría dilatar su curso normal. Más aún, hacemos énfasis en que en el proceso de ejecución la decisión de fondo ya está tomada, ya no existe un conflicto puesto que el juez ya le dio la razón a alguna de las partes; por lo que no tendría sentido deducir nulidades irracionales sobre el punto controvertido ya resuelto, lo contrario permitiría pensar que a la postre el proceso se convertiría en poco tiempo en inejecutable, ineficiente, o por qué no decirlo una sentencia impracticable e ineficaz.

3.2 Breve comparación histórica del incidente de Nulidad en el Código de Procedimientos Civiles de 1912

No obstante lo anteriormente explicado, creemos oportuno aventurarnos a decir que la defectuosa aplicación que se viene realizando de este recurso y remedio en nuestro Código Procesal Civil vigente desde julio de 1993, viene dada por la costumbre que dejó el otrora Código de Procedimientos Civiles de 1912 que tuvo más de ochenta (80) años de vigencia. Como señala Monroy Gálvez:

“Entre las razones para no haber tenido precisada la diferencia entre uno y otro remedio impugnatorio, está el hecho que el nombre recurso de nulidad, está reservado por el Código de Procedimientos Civiles para un recurso que tenía muy poco de nulidad y más de revisión (...)”²⁵.

Es así que antes de la reforma de 1993, teníamos una Corte Suprema como Tribunal de tercera instancia y no como Corte de Casación como ocurre actualmente; si constatamos lo regulado en el Código de Procedimientos Civiles veremos que la Nulidad se encontraba regulada en el Título XXIV “Nulidad de resoluciones”, y en el Título XXVII “Recurso de Nulidad”, concibiéndola según el principio francés “*pas de nullité sans grief*”, tal como lo ilustra su artículo 1087°:

“Artículo 1087°: Las Cortes y Juzgados repondrán la causa al estado en que se cometió alguno de los vicios que anulan el proceso (...). En ningún caso se declarará la nulidad, ni de oficio ni a petición de parte, por causal no prevista expresamente en la ley”.

²⁵ Juan Monroy Gálvez y Otros, “Comentarios al Código Procesal Civil” , Volumen I, Primera Edición, Fondo de Cultura Jurídica, Trujillo 1995, p.41



Sin embargo dicha regulación era poco coherente con las facultades que tenía antes la Corte Suprema como tercera instancia, donde no se estableció el límite de esta instancia al declarar “haber o no nulidad”, no pudiendo tener la seguridad de cuándo se pronunciaba respecto al fondo o respecto a la forma. Como señala Monroy respecto al artículo 1133º del antiguo Código:

“Un análisis de la norma (...) nos permite apreciar lo siguiente: cuando la corte suprema declara no haber nulidad respecto de una decisión venida en revisión lo que está haciendo no es, como parece del concepto, referirse únicamente a los aspectos procesales de la resolución impugnada, sino al fondo de ésta. Por otro lado, si se declara haber nulidad no significa necesariamente que está anulada la decisión impugnada, sino que simplemente está revocando su eficacia. Esto es tan cierto que, cuando así lo declara, la corte adicionalmente sustituye la decisión por una propia.

Entonces cuando la corte suprema se refiere a la nulidad de la resolución impugnada, no se está refiriendo necesariamente a su nulidad en el sentido que conocemos la institución, como eliminación de los efectos de un acto por incumplimiento de los requisitos formales para su constitución y eficacia, Sin embargo, esta misma afirmación es relativa, es decir, que hay casos, los menos, en los que la corte suprema al declarar haber nulidad está en efecto pronunciándose respecto de un defecto formal insubsanable que exige la nueva realización del acto, retrotrayendo el proceso al momento en que se produjo el vicio”²⁶.

Creemos de utilidad hacer mención al modo en que se reguló esta institución en el código ya derogado, pues hoy en día a pesar de que no existe el problema sobre el análisis de la forma o el fondo que realiza la Corte Suprema, ambas instituciones (la nulidad y el recurso de casación) se encuentran más cercanas de lo que a simple vista parece.

Sabemos que la Corte Casatoria (Corte Suprema) ya no es una tercera instancia, no puede revalorar ni reconsiderar hechos, siendo que la declaración de “haber nulidad” se restringe a “la justa aplicación de la ley y la unidad de la jurisprudencia”²⁷, tal como señala el artículo 384º del Código Procesal Civil (recientemente modificado por la Ley Nº 29364); cabe pues destacar que con la referida modificatoria se admite y procede este recurso de manera restringida contra “las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso” tal como señala su nuevo artículo 387º numeral 1), eliminando el ambiguo texto del otrora artículo 385º numeral 3) que señalaba que procedía contra “las resoluciones que la ley señale”.

Sin embargo pese a que dicho recurso fuera concebido como “extraordinario” por sus creadores, es utilizado actualmente como una recurso de revisión de fallos, y no es secreto que las partes amoldan sus pretensiones a los requisitos exigidos en la ley para poder elevar la sentencia en casación a como dé lugar, empleándola como “tercera instancia” y también como instrumento dilatorio; sino basta ver la cantidad de recursos casatorios que se publican cada cierto tiempo en nuestro el boletín oficial El Peruano, siendo la gran mayoría de ellos declarados improcedentes. Creemos que este fue uno de los motivos por los cuales se ha legislado la Ley Nº 29364 que modifica el antiguo

²⁶ Juan MONROY GÁLVEZ y Otros, “Comentarios al Código Procesal Civil”, Volumen I, Primera Edición, Fondo de Cultura Jurídica, Trujillo 1995, p.41.

²⁷ César AUGUSTO MANSILLA NOVELLA y Otros, “Comentarios al Código Procesal Civil”, Volumen I, Primera Edición, Fondo de Cultura Jurídica, Trujillo 1995, p. 118.



artículo 386° que regulaba las causales de aplicación indebida, interpretación errónea, o inaplicación de una norma de derecho material o de doctrina jurisprudencial; así como la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso o infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, por un texto más simple y directo:

“Artículo 386° Causales.- El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”.

Sin lugar a dudas, consideramos que el texto modificado del recurso casatorio incidirá de forma positiva en el correcto y moderado uso que se viene teniendo de dicho instrumento.

Continuando con nuestro análisis histórico, tenemos que la hoy llamada “Nulidad Procesal”, se encontraba regulada en el artículo 1085° del Código de Procedimientos Civiles, donde se señalaba taxativamente los supuestos que viciaban de nulidad las resoluciones. Lo cual tendría cierta semejanza con el artículo 122° del Código Procesal Civil. Veamos:

“Artículo 1085°.- Son resoluciones nulas:

1. Las pronunciadas por el que no es juez, sea porque no tuvo nombramiento o porque se declaró nulo el que tenía. Lo es, igualmente, la que expide un juez removido o en suspenso;
2. La resolución pronunciada por el juez que ejerce jurisdicción que no le corresponde;
3. La sentencia pronunciada sin citación del demandado;
4. La sentencia expedida sin demanda o sin contestación expresa o tácita, en los casos en que la ley prescribe este trámite;
5. La sentencia o auto pronunciado en materia de hechos omitiendo la recepción a prueba;
6. La sentencia o auto pronunciado sin que se haya hecho saber la recepción a prueba, o en virtud de pruebas actuadas sin notificación de parte o sin observar las formas sustanciales establecidas por este Código;
7. La sentencia pronunciada sin haberse citado a las partes para expedirla, en los casos en que la ley ordena este trámite;
8. Los decretos o autos que desnaturalizan el juicio;
9. El auto o sentencia que resuelve sobre punto no demandado o no controvertido, salvo lo dispuesto por la última parte del artículo 1086°;
10. La sentencia o auto que no resuelve alguno o algunos de los puntos controvertidos;
11. La sentencia o auto pronunciado en causa en que intervienen personas a quienes es prohibido comparecer en juicio;
12. La sentencia o auto que se ha pronunciado contra otro que pasó en autoridad de cosa juzgada o pleito acabado;
13. La sentencia o auto que se pronuncia con omisión de los trámites establecidos en la ley bajo pena de nulidad.”

Es así que dentro de este añejo “cajón de sastre” se encontraban los decretos, autos y sentencias, que hoy se encuentran divididos en los artículos 362° y 364° dentro de los recursos impugnatorios, siendo “únicamente” los actos procesales (que también pueden ser resoluciones como ya explicamos) aquellos sobre los que recae la nulidad del artículo 171° y siguientes.



Habría que recordar que la nulidad procesal hoy en día desde nuestra posición, es un recurso – remedio, es remedio en tanto ataca actos procesales no contenidos en resoluciones, es recurso en tanto sirve para atacar resoluciones o incluso está contenido *per se* dentro de la Apelación (artículo 382° CPC) o la Casación (artículo 396° CPC). En tal sentido, no estamos de acuerdo con la definición estricta que hace el artículo 356° CPC toda vez que no permitiría comprender lo regulado por ejemplo en el artículo 122° CPC, es decir los casos de nulidad de una resolución nula cuando no cumple con los requisitos establecidos por la ley; o lo establecido en el artículo 50° numeral 6) CPC donde se sanciona con nulidad la falta de motivación en autos y sentencias, supuestos donde no cabría interponer apelación sino deducir la nulidad del acto contenido en la resolución viciada.

Es así que, lo señalado permitiría creer que este instrumento se encuentra “suelto” a lo largo de todo nuestro actual ordenamiento procesal, más aún cuando no se le pone un límite, ni un plazo para articularlo, otorgándole a las partes un difuso derecho de defensa al que pueden recurrir en cualquier momento del trámite ordinario, así como durante el recurso de Apelación, o incluso al interponer Casación.

En igual sentido vemos que se encontraban los primeros rastros de lo que posteriormente serían los llamados Principios de Convalidación, Finalidad, Subsanación, Integración, en el otrora artículo 1086° que señalaba que no hay nulidad en los siguientes casos:

- “1. En los casos que omitida la notificación, el litigante procede en el juicio de tal manera que manifiesta haber tenido conocimiento de la providencia cuya notificación se omitió.
2. Si el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, ha logrado el fin al que estaba destinado.
3. Si la subsanación de los vicios procesales no ha de influir en el sentido de la resolución. Los Jueces podrán completar la resolución recurrida en la que se haya omitido el pronunciamiento sobre alguno o algunos puntos principales que hayan sido suficientemente apreciados en la parte considerativa. También podrán hacerlo cuando se haya omitido pronunciamiento sobre puntos accesorios o incidentales que debieron ser resueltos”.

Conforme podemos apreciar con el antiguo código habían diferencias radicales, entre ellas que la nulidad era un “recurso” regulado en el artículo 1122°, tan igual como el de reposición y el de apelación, en donde se establecía taxativamente los supuestos que lo configuraban; de otro lado existía la Corte Suprema como tribunal revisor o de tercera instancia. En la actualidad podemos señalar que tenemos un Tribunal de Casación que se limita a examinar si en la resolución hay infracción de la ley, del debido proceso o de la doctrina jurisprudencial, no teniendo facultad para examinar las pruebas de los hechos alegados con relación al asunto de fondo.

Finamente cabe señalar que no queda claro si la nulidad es solamente un recurso, puesto que como señaláramos su regulación es tan ambigua que bien podría considerársele un recurso – remedio; además podemos decir que salvo las distinciones realizadas anteriormente, se trataría de un mismo instrumento procesal –con una finalidad única–, esto es buscar que el Superior jerárquico en segunda instancia o en



caso correspondiera en la Corte Suprema, considere “haber nulidad” y en consecuencia ordene se emita nuevo pronunciamiento desde que ocurrió el vicio; no obstante la intención es buena –esto es proteger el derecho de defensa afectado– creemos que debe limitarse la libertad al articular este instrumento en nuestro actual código, por ejemplo determinar un plazo para deducirlo, establecer causales expresas en las cuales deba proceder dicho pedido, o en todo caso ordenar que la propia parte indique hasta dónde debería alcanzar la nulidad –indicación que será debidamente merituada por el juzgador– y evitará posteriores alegatos referidos a afectaciones del derecho de defensa, cuestión que positivamente regula la Ley Nº 29364 que modifica el artículo 388º numeral 4), todo lo cual tendrá como finalidad reducir la desmedida carga judicial que soporta nuestro Poder Judicial.

4. En búsqueda de un criterio adecuado y práctico de nulidad procesal

4.1 Posición mixta: en busca de una interpretación armónica en el sistema de nulidades procesales

A continuación buscamos presentar una posición mixta frente al modo tan complicado en que se utiliza este incidente procesal en el Perú, pues ciertamente no existe una posición mayoritaria en la práctica, a veces ocurre que la judicatura, ya sea en Corte Superior o en la Corte Suprema, se basa en llamados vicios “insubsanables” para amparar la nulidad de una resolución y se deja de lado el valor justicia o el tan mentado principio de instrumentalización de las formas. Creemos que la amplitud con que se regula la nulidad en nuestro Código Procesal Civil, adicionado a la libertad que muchas veces les deja el ordenamiento a las partes para interponerla en el primer momento que tengan conocimiento de ésta, y la falta de una teoría definida que restrinja su uso como de verdadera *ultima ratio*, perjudica la predictibilidad del proceso, ayudando a que el mismo se vea dilatado incluso en aplicación de la potestad nulificante del juzgador cuando se percata de aquellos vicios “insubsanables”, que de acuerdo a ciertas posturas solamente la cosa juzgada podría limitar y detener, ello por la propia seguridad jurídica que esta institución emana.

A propósito de lo acotado, debemos señalar que la presente investigación, no busca incidir en el tema de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, ni respecto a la nulidad procesal en el proceso cautelar; sino únicamente la nulidad de los actos procesales, entendida ésta como recurso y remedio, dentro del proceso ordinario de conocimiento, así como durante el proceso de ejecución.

Tenemos por tanto que al acto procesal no le compete la aplicación de la teoría general de la nulidad civil, sino que es la propia ley procesal la llamada a regularla en puridad, lo cual ocurre pobremente en nuestro actual Código Procesal Civil, debiendo pues definir si se le otorga una plena libertad o una formalidad preestablecida (legal, judicial, o convencional)²⁸.

²⁸ Adolfo Alvarado Velloso, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Primera Parte – Reimpresión, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Junio 2004, p. 286.



Para efectos del presente trabajo y frente a los problemas que vienen constatándose en la praxis, creemos adecuado por el momento optar por una teoría mixta, buscando un punto de encuentro entre la prioridad del proceso y su fin último, esto es una justicia real, efectiva y práctica para las partes; y por otro lado priorizar la literalidad en la norma, sin permitir que ingresen nulidades a diestra y siniestra en el proceso.

Además deseamos dejar sentado que no solamente nos referimos a la palabra “acto” en su sentido lato, es decir como actividad, sino además a la inactividad u omisiones en el actuar en que incurren las partes del proceso, lo cual es piedra angular para aplicar el concepto de preclusión consagrado en nuestro sistema y que señala “que un acto es precedente del que le sigue y consecuente de su anterior”²⁹.

Ciertamente creemos que la nulidad procesal es un recurso – remedio extraordinario, que se ha mantenido por costumbre en nuestro sistema, ello debido a que como hemos mencionado a lo largo de la presente investigación, la nulidad es inherente a la Apelación y a la Casación *per se*. Sumado al deber que la ley le otorga al juez para dirigir el proceso, creemos que la nulidad bien podría aplicarse en armonía con los principios procesales (instrumentalización de formas, trascendencia, subsanación, razonabilidad, congruencia) y con los derechos fundamentales (derecho de defensa) para lograr un proceso justo y efectivo, omitiendo formalismos vanos.

Asimismo debe liberarse al juez de cargas tediosas, permitiéndole juzgar y sentenciar, tomando en consideración la conducta de las partes; no obstante el adecuada adiestramiento jurídico procesal sobre la materia, y que no se vuelvan meros aplicadores de la ley.

4.1.1 Hacia una declaración de nulidad procesal predecible, flexible y segura

Con el fin de determinar un criterio predecible sobre la nulidad procesal, debemos definirla, para esto debemos de un lado dejar señalado que los Actos Procesales son todos aquellos que realizan las partes, los terceros o la judicatura, que tienen efectos limitados en el ámbito interno de un proceso particular, ello porque su fin último es hacer posible que se emita una sentencia que resuelva la litis; por tanto tenemos que no podemos compararlo con el acto jurídico en general (teoría del acto jurídico civil) pues el acto procesal no produce efectos externos.

En tal sentido podemos llamar actos regulares a los que, producto del hacer de las partes, terceros o juez, cumplen dentro de un proceso lo determinado por la ley siguiendo el “modelo ejemplar” preestablecido por la misma, (por ejemplo el cumplir con los requisitos de admisibilidad de la demanda); *contrario sensu* todos aquellos actos que no cumplan este “patrón legal” son actos irregulares (defectuosos o viciados), es decir estos actos pueden afectar “la validez, admisibilidad, eficacia, y eficiencia”³⁰, siendo solamente los que afectan su validez lo que a la postre devienen en una declaración de nulidad; no obstante ello, párrafos arriba formulábamos en tono de

²⁹ *Ibidem*, p. 288.

³⁰ *Ibidem*, p. 286.



crítica la ambigua regulación procesal de aquellos supuestos que darían o podrían dar origen a la declaración de nulidad de determinado acto procesal.

Cabe ahora hacer referencia a la llamada “tipología”, en tal sentido si bien civilmente existe como hemos señalado distintos modos de diferenciar las nulidades, debemos preguntarnos si esta tipología es pertinente de aplicar en un proceso judicial, en primer lugar consideramos que la llamada “inexistencia” no cabe diferenciarla ni menos aún considerarla, a la postre el acto inexistente no requiere invalidación, y en caso las partes consideren que genera efectos en el proceso (un contrasentido con su propia naturaleza), ésta presunta inexistencia podríamos entenderla como “nulidad absoluta o relativa” pero nulidad al fin y al cabo o como dirían algunos un acto grave o levemente irregular, y en caso esto ocurre luego de emitir sentencia con calidad de cosa juzgada, dichas irregularidades (incluso las de orden público) quedarían saneadas; en tal sentido:

“Esta especial característica del proceso, en el cual priva la valía del principio del caso juzgado por sobre la disvalía de la nulidad absoluta, hace que –de hecho– todo defecto procesal sea de carácter relativo (o anulable)”³¹.

Entonces, podemos afirmar que debido a la amplitud con que se encuentra regulada la nulidad procesal en nuestro Código Procesal Civil, no existe una inequívoca definición de aquella, por ende el análisis de su procedibilidad deberá atender a las circunstancias de cada caso concreto, y al juicio de razonabilidad que haga el juzgador; ello claro no minimiza la tarea legislativa –pendiente– de limitar los supuestos que la ameritan.

En efecto, cabe pues destacar lo acontecido con la Ley 29364 que modifica entre otros los artículos 387º y 388º CPC, restringiendo el uso de la Casación imponiendo por ejemplo una multa en caso se “considere que su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria del impugnante”, y exigiendo demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, debiendo precisar en caso el pedido casatorio fuera anulatorio, si éste se trata de una “anulación parcial o total” y “hasta donde debe alcanzar la nulidad”.

Por tanto si deseamos proponer una declaración de nulidad predecible, flexible y segura, debemos tomar en consideración todo lo antes señalado, es decir hoy en día existe una definición ambigua en nuestro ordenamiento respecto a las nulidades de actos procesales; por ello para establecer que actos son regulares o no, no podemos aplicar una fórmula establecida en la norma procesal, pues ésta regulación actualmente permite que las partes articulen la nulidad como un “comodín” para dilatar el proceso en muchos casos; finalmente tenemos que nuestro sistema otorga poca predictibilidad respecto a este instrumento, debido a que ni siquiera la ley les da un plazo para deducirlo.

Si buscamos lograr un criterio predecible, pues qué mejor que instruir a los jueces en la aplicación de principios procesales y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, esperando asimismo que el juzgador en su calidad de director del

³¹ *Ibidem*, p. 289.



proceso (habida cuenta del problema de carga procesal y poca preparación de este órgano estatal) pueda detener en su debido momento los ataques o artimañas que hagan las partes con el fin de dilatar el proceso, ello claro siempre en atención al principio de razonabilidad, pudiendo en tal sentido flexibilizar las formas en búsqueda de una sentencia realmente justa y segura, en donde el Código Procesal Civil quede como mera pauta en el uso de un solo fin, que es lograr la paz social en cada caso concreto

4.1.2 El valor justicia y el debido proceso: libertad vs. formalidad

Para efectos de la presente investigación, creemos necesario referirnos al valor justicia como llave que permita alcanzar la idea de Debido Proceso como derecho fundamental, debiendo en consecuencia dejar de entenderse como un cúmulo de derechos estáticos, lo cual degeneraría en inutilidad del mismo, o en formalismos irracionales que retarden aún más la solución justa del conflicto. En esta línea, Bustamante Alarcón señala:

“Estamos convencidos que de nada sirve garantizar la vigencia de los derechos y formalidades esenciales que integran el debido proceso, o lograr que efectivamente se cumplan, si las decisiones que se emiten originan una situación de injusticia intolerable que aviva la amenaza de retorno de la acción directa. Por ese motivo, si realmente queremos construir una sociedad justa y reconciliada debemos rescatar aquella concepción que vincula al debido proceso con la satisfacción de un ideal de justicia, y garantizar (...) que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso o procedimiento, así como las decisiones que en ellos emitan, serán justas, no arbitrarias y conforme a los valores superiores del ordenamiento jurídico político”³².

En tal sentido, consideramos que el valor justicia no debe quedar en los llamados buenos oficios por parte del juez, sino que debe buscarse satisfacer realmente, supeditando el proceso mismo y las formas procesales a esta finalidad, no pudiendo referirnos al debido proceso únicamente como aquel cúmulo de derechos y formalidades mínimas que hagan válido y eficaz distintos actos procesales, sino como la doctrina norteamericana refiere, se pueda alcanzar un debido proceso sustantivo (*substantive due process*), entendiéndose que el derecho fundamental al debido proceso es aquel relacionado a un proceso justo o a lograr que el inicio, desarrollo y conclusión, así como las decisiones emitidas en él sean material y objetivamente justas en cada caso.

De igual modo, debemos dejar establecido que es deber del juez intentar buscar la justicia a través de la ley, basándose en principios morales y éticos³³, aplicados al caso concreto ya que al sentenciar o al ejecutar un proceso sentenciado debe tener en consideración que no solamente afecta el derecho de las partes litigantes, sino además afecta a la sociedad en su conjunto a través de la jurisprudencia que vaya creando o cumpliendo.

Por tanto siguiendo esta línea de pensamiento, y para la materia que nos concierne en el presente trabajo, no podemos “de un plumazo” desaparecer (o derogar) todas las

³² Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, “El derecho a una decisión justa como elemento esencial de un proceso justo”, *Revista Derecho y Sociedad*, año 12, Nº 15, noviembre 2000, p.39.

³³ Carlos PARODI REMÓN, *Op. Cit.*, p. 525.



normas públicas establecidas en el Código Procesal Civil, para que con el buen y leal saber y entender del juzgador las partes se peleen en un conflicto adversarial, creemos que ni la preparación actual de este organismo estatal, ni la carga procesal que soportan se lo permite; sin embargo bien podrían ser aplicadas de manera menos rigurosa las nulidades de los actos procesales, priorizándose los principios procesales y constitucionales tales como los principios de trascendencia, subsanación y el de instrumentalidad de las formas, protegiendo el derecho de defensa como derecho constitucional afectado, esto con la finalidad que el proceso pueda transcurrir sin mayores dilaciones indebidas y articuladas groseramente por las partes. Salvo que, este privilegio de las formas sea razonable y se busque proteger un derecho o evitar que se produzca un agravio. Es así que el Tribunal Constitucional de Colombia señala:

“La sentencia que se produzca con violación o desconocimiento de los derechos fundamentales –tanto de orden sustantivo como procesal–, por no incorporar el mínimo de justicia material exigido por el ordenamiento constitucional, no puede pretender hacer tránsito a cosa juzgada. Sólo la cosa juzgada que incorpore por lo menos ese mínimo de justicia puede aspirar a conservar su carácter”³⁴.

Así, todos los actos procesales (más aún los que emite el juez), las normas (procesales y sustanciales), y los principios procesales deben estar supeditados en su conjunto al valor justicia como ideal, a la aplicación justa de la ley al caso en concreto, protegiendo los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, no pudiendo aplicar la ley *ad pedem litere*, ni mucho menos rígidamente, sino como repetimos según cada caso en concreto y bajo la especial realidad social en que transcurre. En tal sentido, acertadamente Parodi Remón señala a propósito del valor justicia y de la ingerencia del juez en el proceso:

“Resulta hasta grotesco vender la idea que restringiendo nulidades, reduciendo el número de recursos o recortando los plazos judiciales o incluso, aumentando el número de jueces, los procesos se van acelerar y las sentencias serán emitidas prontamente; todo ello sin referirse al acierto o desacierto en las resoluciones”³⁵.

De cierto modo nuestro actual Código Procesal Civil, le permite al juzgador esta libertad, al encontrarse regulado en el artículo VII del Título Preliminar el aforismo *Iura Novit Curia* que significa “El Juez conoce el Derecho”, el cual reafirma en el juez en su rol de director del proceso (a pesar de lo difícil de lograr con la carga procesal existente), rebasando los límites de la formalidad y asumiendo facultades de interpretación amplias e incluso creadoras. En tal sentido señala Morales Godo:

“(…) al señalar el aforismo que el Juez es el que conoce el derecho, es el que debe aplicar la norma jurídica pertinente, le brinda las herramientas para que en ejercicio de las funciones jurisdiccionales aplique el derecho a conciencia, sin restringirse a la invocación del derecho por las partes que, en algunos casos, pueden haberla omitido y, en otros casos, pueden haberla mal invocado (...).

Permite al Juzgador tomar parte activa en el proceso, no ser un mero espectador de los quehaceres de las partes, aplicando la norma pertinente al caso, aún cuando ésta no

³⁴ Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, *Op. Cit.*, p. 45.

³⁵ Carlos PARODI REMÓN, *Op. Cit.*, p. 522.



hubiere sido invocada o fue deficientemente invocada. Se otorga presencia y dirección al juzgador en el proceso”³⁶.

Es así que el juzgador tendría cierta libertad de dirección durante todo el proceso con respecto a las normas jurídicas y no sobre los hechos alegados por las partes, lo que en la práctica debe ser limitado o restringido en beneficio del fin mismo del proceso, y de la correcta aplicación de las instituciones (en este caso de las nulidades procesales) en el proceso.

En línea con lo anterior, podemos dejar establecido que un acto procesal puede ser declarado nulo, o revocado por el superior jerárquico si es el caso, en tanto genere una afectación soez al derecho de defensa de las partes o vulnere un elemento procesal o formal inherente al debido proceso, y sea insalvable mediante algún principio procesal. En tal sentido Bustamante Alarcón:

“En nuestra opinión, y sin perjuicio de los mecanismos de impugnación previstos por los ordenamientos procesales y de la potestad nulificante del juzgador, las decisiones injustas deben ser declaradas nulas sólo cuando fuere estrictamente necesario (...) a fin de reponer el proceso o procedimiento al estado anterior a su emisión, ya que en principio deben ser revocadas y sustituidas por una decisión objetiva y materialmente justa”³⁷.

Es así que coincidimos con la idea de que es importante priorizar el valor justicia por sobre los formalismos o ritualismos que aún existen en nuestro sistema, creemos que intentar la búsqueda de un juez justo y libre es necesaria para garantizar los valores, derechos y principios constitucionales de la sociedad, debemos además considerar que dicho juzgador debe ser un hombre honesto y ético, para así poder utilizar las plenas facultades que la función jurisdiccional le confiere³⁸.

4.1.3 Garantismo vs. activismo procesal, a propósito de soluciones rápidas

Así las cosas es pertinente mencionar la temática relativa al grado de intervención que debe tener el juez en el proceso, es decir respecto al denominado garantismo y al activismo procesal, conductas o teorías –como algunos estudiosos llaman– que vienen al caso de estudio pues las mismas permitirán mayor o menor ingerencia del juez en el proceso, y por tanto soluciones más o menos rápidas frente a incidentes durante el proceso.

Por un lado tenemos el “*garantismo procesal*”, en tal sentido Alvarado Velloso³⁹ señala que éste ocurre dentro de un proceso –civil o penal– en el cual el juez es un tercero, con los deberes de imparcialidad (no tiene interés mediato ni inmediato en el resultado del litigio), imparcialidad (no es una de las partes), e independencia (no obedece ni le debe nada a las partes). Es así que, el garantismo no se centra en el mero de hecho de proteger y cumplir el proceso, sino que busca entender al juez como un

³⁶ Juan MORALES GODO, “Instituciones del derecho procesal”, Palestra Editores, 1º edición, Lima 2005, p. 407.

³⁷ Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, *Op. Cit.*, p. 47.

³⁸ Carlos PARODI REMÓN, *Op. Cit.*, p. 522.

³⁹ Adolfo ALVARADO VELLOSO, “El Garantismo procesal”, Noviembre de 1999, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>.



sujeto que brinde seguridad por encima de celeridad, que otorgue congruencia en sus fallos y en consecuencia garantice el proceso, sin que “priorice la meta por encima del método” (principio del sistema inquisitivo).

Es así que con el garantismo lo que se tiene es a un juez que casi no interviene en el proceso, no cuenta con ninguna iniciativa en materia probatoria, y su decisión debe estar limitada a la pretensión de la demanda y a la contestación de la misma; lo opuesto degeneraría –según esta concepción– en un juez parcializado y entrometido, debido a que se entiende que el proceso judicial es una garantía constitucional que preexiste al conflicto y que debe respetarse.

De otro lado el “*activismo judicial*” se condice con la publicización del proceso, es decir el juez es director del proceso, lo guía e impulsa, tiene iniciativa probatoria y busca la verdad real, tal como señala Parodi Remón:

“(…) el juez actúa como el director del proceso e incluso lo impulsa aunque las partes no lo soliciten, tiene iniciativa probatoria e indaga a través de ella y hasta donde sea posible, la verdad material, es decir la realidad de los hechos ocurridos, para expedir una sentencia que dentro de la ley, los aprehenda y constituya no sólo la aplicación de la ley, sino la tendencia a la justicia”⁴⁰.

Asimismo estos conceptos no deben confundirse con el llamado “*decisionismo judicial*”, por el cual los jueces al intentar alcanzar soluciones rápidas, se entrometen en competencias que le corresponden a otros poderes del Estado, resolviendo respecto a “actos no justiciables”, tomando decisiones en las que se afectaría el derecho de defensa de la parte afectada con la medida.

No estamos de acuerdo totalmente con la conducta garantista que debe asumir el juez, toda vez que ello no se condice con la realidad peruana, pues sabemos la demora en los procesos actuales; el maniatar al juez al mero uso de sus facultades cuando el conflicto ya culminó, el restringirlo en el uso de su raciocinio, devendría en un juez obsoleto, en un proceso tal vez ineficiente, donde las partes solo buscarían vengarse del daño ocurrido, sin otorgarle al afectado el derecho a evitar que éste ocurra. Considero que debe distinguirse el hecho de que las facultades que se le otorgan al juez deben ser facultades procesales de dirección, esto es facultades relacionadas al contenido mismo del proceso, y no facultades materiales que afecten el interés privado de las partes en litigio, lo cual devendría en afectaciones al derecho de defensa y en posibles nulidades durante el proceso. En tal sentido, Montero Aroca señala:

“El fenómeno de la publicización se ha basado, creemos en una gravísima confusión entre facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regulación formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso para el desarrollo del proceso después de iniciado, por ejemplo, o en el reforzamiento de las facultades del juez para llevar a efecto las decisiones que adopta) y otra, aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia.

⁴⁰ Carlos PARODI REMÓN, *Op. Cit.*, p. 527.



No hay obstáculo alguno en aumentar las facultades procesales y con ello puede entenderse que se prima el interés público sobre el privado, pero si lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar pruebas no pedidas por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material⁴¹.

Creemos que para agilizar un proceso judicial y hacerlo realmente efectivo, debemos intentar alcanzar un justo medio entre el activismo y el garantismo procesal, pues conforme hemos venido señalando, el proceso civil se encuentra regulado por normas públicas en su mayoría, y por ello se puede presumir que tiene una proyección social, no por gusto se publican sentencias en el diario oficial El Peruano, por tanto el juez debe respetar las garantías constitucionales de los particulares durante todo el proceso (por ejemplo la igualdad entre las partes), pero también debe procurar obtener justicia a través de un proceso rápido y eficaz, sin llegar al autoritarismo. Por ello, cabe preguntarnos, ¿es necesario brindarles a las partes, un proceso seguro pero sujeto a formalismos excesivos que generen una demora obscena? Consideramos que no, se le puede brindar a las partes un juicio seguro y a la vez ágil, siempre que el juez alcance el equilibrio entre garantías de defensa e igualdad respecto al derecho material entre los privados que están en litigio, y las facultades de dirección procesal que la ley le otorga, sin llegar al autoritarismo ni a la parcialidad o prevaricato en sus decisiones. Es así que Picó I Junoy señala:

“El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez –con su deber de imparcialidad– y de las partes –con sus derechos a la defensa–. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes⁴².”

Debemos considerar que existen dos valores determinantes en la sociedad, por un lado la celeridad para solucionar los conflictos, de otro la seguridad con que se llega a estas soluciones, pues a nadie le agrada los juicios impredecibles. Señala Alvarado Velloso que dichos conceptos “nunca pueden ir juntos (...), lo que es seguro no es rápido, lo que es rápido no es seguro”, no obstante es distinto discutir por un kilo de queso en donde parece más apropiado beneficiar la idea de rapidez, contra el hecho de discutir por un terreno donde habría que beneficiar la seguridad. Por ello damos por cierta la idea de que más muchas veces lo sumarísimo no es lo mejor y más práctico en todos los casos, pues puede existir un proceso complicado que deba verse en la vía sumaria, y que sin embargo no alcance justicia, toda vez que no existen las mismas defensas, los mismos plazos, las mismas pruebas, los mismos recursos, y por tanto se afecta el derecho de defensa.

Creemos que el juez tiene el deber de ser un honesto, ético y real director del proceso, sin embargo la realidad no se lo permite, ¿debemos acaso contentarnos con un juez espectador? Ciertamente es que esta facultad de dirección no es exacta en nuestra legislación, muchas veces puede desnaturalizarse y volverse restrictiva con respecto a

⁴¹ Juan MONTERO AROCA, citado por Carlos PARODI REMÓN, Op. Cit., p.549.

⁴² Joan PICOY I JUNOY, citado por Carlos PARODI REMÓN, Op. Cit., p.540.



las garantías constitucionales de alguna de las partes, degenerando en un director autoritario de los derechos materiales de los privados hasta antes de emitir sentencia – donde es su obligación pronunciarse sobre el derecho material en litis–, lo cual genera inseguridad para los justiciables a los que en teoría se les estaría prometiendo un proceso rápido, predecible y seguro.

Consideramos que el juez debe salir a buscar la verdad real del caso concreto, sin exceder sus facultades, pues lo contrario generaría no solamente indefensión, sino además una desigualdad *soez* dentro del proceso. Ciertamente es que en la actualidad estas facultades están recortadas pues fácticamente el juez no puede ser un director real del proceso, la carga procesal no se lo permite, las facultades administrativas que le son restringidas (y otorgadas a un Administrador adscrito al Poder Ejecutivo) no se lo permiten, cuestión que escapa a la investigación del presente trabajo, pero que consideramos grave.

A todo esto cabría preguntarnos, ¿la brevedad del proceso es susceptible de generar injusticia?, ¿es mejor buscar la seguridad de un proceso largo y tedioso?, ¿acaso la ley debe restringir el uso de mecanismos que buscan proteger vicios durante el proceso? Creemos que la última palabra la tiene el juez en tanto normador secundario que surge cuando el legislador ha dejado vacíos, y consecuentemente ha permitido que surjan inevitables conflictos en la sociedad, por lo que ahora aquel y su potestad de decir derecho existe para integrar la ley, llenar vacíos, qué duda cabe él crea derecho fáctico, y consecuentemente resuelve un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, para lo cual se le ha provisto de importantes instrumentos como su *coertio*, su capacidad de dirección del proceso, de aplicar el *iura novit curia*, etc., siempre en atención a principios procesales como son el principio de impulso procesal, de trascendencia, de razonabilidad, de subsanación, etc.

En tal sentido, somos de la opinión que el garantismo procesal no debe ser un concepto antagónico con el activismo procesal y la facultad de dirección del juez, y el deseo de la sociedad en alcanzar celeridad procesal actualmente; pues en tanto se otorgue un adecuado respecto a las garantías constitucionales de los particulares en conflicto –protegiendo su derecho de defensa, la igualdad e imparcialidad en su juicio, entre otros–, y se le permita al juez honesto simplificar procedimientos para alcanzar justicia real y efectiva, sin caer en formalismos como los que existen hoy en día, bien podríamos tener un proceso ágil en donde se pueda alcanzar una sentencia justa, toda vez que la realidad lo pide. Quedando así las nulidades procesales por ejemplo, en mecanismos que se supediten al fin del proceso mismo, en reales instrumentos del proceso, donde los casos donde surjan las nulidades por vicios “insubsanables” sean realmente casos aislados, que el juez amparará basándose en principios procesales y derechos fundamentales.

Es decir no habría porque retrasar el desarrollo de un proceso en tanto existan jueces de calidad superior y un código que libere al juez de exigencias nimias, permitiéndole realizar la actividad de sentenciar en justicia, en búsqueda del Debido Proceso Sustantivo.

5. Reflexiones finales



Debemos concluir señalando que el juez debe aplicar el valor justicia y buscar satisfacerlo realmente, supeditando el proceso mismo y las formas procesales a esta finalidad, no pudiendo referirnos al debido proceso solamente como aquel cúmulo de derechos y formalidades mínimas que hagan válido y eficaz distintos actos procesales, sino buscando alcanzar un debido proceso sustantivo (*substantive due process*), entendiendo que el derecho fundamental al debido proceso está relacionado a un proceso justo en la aplicación de la ley, o a lograr que las decisiones emitidas en él sean material y objetivamente justas en cada caso, desterrando así el uso de las nulidades como armas dilatorias propias de sistemas judiciales formalistas donde el juez no es quien dirige el proceso.

Asimismo debemos señalar que consideramos la nulidad procesal, tanto un recurso como un remedio procesal excepcional, es decir de *ultima ratio*, debiendo aplicarlo de manera restrictiva, es decir en caso el juez tenga duda respecto a su aplicación, debe evitar usarla y continuar con el *iter* procesal. Los formalismos, únicamente sirven de instrumento al fin primordial que buscaron las partes al solicitar la tutela del Estado, esto es buscar a través del proceso, una solución rápida, justa y eficaz al conflicto acontecido; ello en la actualidad se ve mermado por la terrible carga procesal que sufre nuestro Poder Judicial, y por el apego legalista del que sufren algunos jueces nacionales al admitir nulidades intrascendentes, que no afectan el derecho de defensa del recurrente y que dejan al llamado principio de instrumentalidad de las formas recogido tan solo en la norma.

Finalmente, podemos afirmar que debido a la amplitud con que se encuentra regulada la nulidad procesal en nuestro Código Procesal Civil, no existe una inequívoca definición de ésta, por ende el análisis de su procedibilidad deberá atender a las circunstancias de cada caso concreto, y al juicio de razonabilidad que de ella haga el juzgador; lo cual no omite la tarea pendiente del legislador de limitar los supuestos que la ameritan.

UNIDAD II: MEDIDAS DE COERCIÓN

LECTURA OBLIGATORIA

GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. (Enero - 2013). *Decomiso, Incautación y Secuestro. Perspectivas de lege data y de lege ferenda*. Investigación del Instituto Derecho y Justicia, 161. Pp. 85-126 y 146-156.

PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los presupuestos para aplicar una medida cautelar?
2. ¿Cuál es la diferencia entre el decomiso y la incautación?
3. ¿Cuál es el objeto del secuestro?
4. ¿Cuál es el pronunciamiento de la Corte Suprema respecto al secuestro y la incautación?

2. LA INCAUTACIÓN

2.1. CRITERIOS GENERALES

Previamente a ensayar una definición o realizar cualquier análisis respecto a la incautación, debemos tener en cuenta que en el procedimiento de investigación, y en general en todo el proceso penal plasmado en las normas procesales penales, se debe armonizar debidamente las *garantías y derechos fundamentales* con los *criterios de eficacia* en la investigación y persecución del delito; de lo contrario, se puede llegar, por un lado, a la arbitrariedad, o por otro, a la impunidad; todo ello en desmedro de la legitimidad de la Administración de Justicia Penal, la que evidenciaría su incapacidad para resolver los conflictos sociales generados con la comisión del delito.

En tal sentido, si constitucionalmente se ha concedido al Fiscal la facultad de la *conducción de la investigación del delito y la titularidad de la acción penal*, y se le ha impuesto la *obligación de la carga de la prueba*, los instrumentos procesales con los que debe cumplir tales cometidos, deben constituir herramientas ágiles e idóneas que no entorpezcan la eficacia de la investigación, pero que tampoco queden librados a su completo arbitrio. Consecuentemente, deben quedar debidamente determinados la naturaleza, contenido, límites y formas de aplicación o ejecución de cada una de las categorías o instituciones aplicables en la investigación o procesamiento del delito; solo así la realización de la investigación y del proceso podrá realizarse sobre parámetros de seguridad, predecibilidad, eficacia y legitimidad, desterrando la arbitrariedad y la ineficacia e ineficiencia.

Todo ello hace necesaria la formulación y desarrollo de conceptos y categorías rigurosas, funcionales y coherentes respecto a cada una de las instituciones vinculadas a la problemática en cuestión; esto es, nos remite directamente a la Dogmática jurídico-penal. La Dogmática¹⁴⁶ jurídico-penal es el conjunto sistemático¹⁴⁷ de conocimientos jurídicos rigurosamente estructurados, elaborados u obtenidos a través de metodologías propias de las ciencias jurídicas (dogmática, exegética, hermenéutica y sobre todo la argumentación jurídica), que señala los

¹⁴⁶ El término '*dogmática*' aún cuando no es el más feliz, ha sido aceptado universalmente como sinónimo de ciencia del derecho o construcción jurídica sistemáticamente organizada. Este término se acuñó para hacer referencia a las obras de los juristas franceses, que por resultar de la coincidencia entre el Derecho romano y las costumbres francesas, se las consideraba como 'dogmas' aplicables a todos los países y a todos los tiempos, de modo acrítico y sin necesidad de aportar justificaciones a las soluciones jurídicas planteadas. NINO, Carlos Santiago: "*Los límites de la responsabilidad penal*". Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 67.

¹⁴⁷ Al respecto debemos entender como sistema científico (sin entrar en detalles respecto a la múltiple diversidad de conceptos de sistema) "... la ordenación lógica de los *conocimientos particulares* alcanzada en la ciencia de que se trate (...) la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo en relación lógica tales conocimientos (...) mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen". SCHÜNEMANN, Bernd: "*Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*". Idemsa, Lima, 2006, pp. 13 y 14.

límites y definen los conceptos o categorías jurídicas que permiten la aplicación segura y predecible del Derecho penal, lo que a la vez dota de racionalidad a la actividad jurídico - penal sustrayéndola de la arbitrariedad y la improvisación¹⁴⁸. No obstante, este sistema constituido por la dogmática, no puede ser absoluto y cerrado por sus propias premisas o conclusiones, por el contrario, debe estar orientado a lograr la solución efectiva de los conflictos sociales¹⁴⁹ y permanecer abierto a los nuevos conocimientos, a las nuevas soluciones y a los nuevos problemas¹⁵⁰. Asimismo, debe mostrarse capaz de resolver cualquier tipo de antinomias que surjan al interior del mismo, a fin de salvar la ordenación lógico – sistemática que le da unidad y coherencia¹⁵¹.

La elaboración dogmática de las instituciones jurídicas, esto es, la definición de su naturaleza, contenido, límites, fundamentos y funciones, si bien inicialmente son delineadas por la propia norma a través de su contenido lingüístico y teleológico, es la jurisprudencia la que define sus contornos, y sobre todo, es la dogmática o doctrina mayoritaria o consensual la que establece su verdadero contenido, el que a la vez, es asumido y respetado por la jurisprudencia y la propia legislación; la que inclusive, puede realizar adaptaciones o modificaciones normativas a partir de propuestas dogmáticas de *lege ferenda*. En tal sentido, la dogmática o teoría jurídica nace y se desarrolla bajo el influjo de la jurisprudencia y la legislación en una suerte de interrelación dialéctica.

A través de esta relación dialéctica entre normas, dogmática y jurisprudencia, se establecen las garantías para que el operador jurídico (procesal en el presente caso) actúe respetando los criterios elaborados por la ciencia del Derecho, lo que a la vez redundará en su legitimidad y emite un mensaje de seguridad jurídica, tanto desde la perspectiva de la eficacia así como desde la óptica del respeto a los derechos y garantías personales.

¹⁴⁸ “A la Dogmática penal le es inherente una notable estabilidad que se ha visto reforzada por el influjo persistente de la jurisprudencia”. JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 211.

“Su finalidad última ha de ser la de proporcionar un modelo más explicativo de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y posibilitando así la doble finalidad de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una reducción de la intervención penal y de su intensidad a los límites estrictamente necesarios”. SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 64.

¹⁴⁹ “... en la base de la dogmática se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema, orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo”. SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 49.

¹⁵⁰ “En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas”. ROXIN: *Ob. Cit.* p. 4.

¹⁵¹ Al respecto SCHÜNEMANN acertada y sintéticamente refiere: “... en resumen puede asegurarse: “1) que el razonamiento sistemático y elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional; 2) que soluciones contrarias al sistema que no pueden ‘integrarse’ en éste ni siquiera mediante una reforma del mismo ponen de manifiesto *eo ipso* deficiencias materiales del ordenamiento jurídico; 3) que, por otro lado, jamás debe sobrevalorarse el alcance del sistema obtenido, de modo que la aparición de nuevos problemas debe provocar el sometimiento a prueba de la sistematización existente. En resumidas cuentas, el ideal de la elaboración sistemática del Derecho penal (como en la ciencia jurídica en general) viene presentado por un ‘sistema abierto’ que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a la modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales”. *Ob. Cit.* p. 32.

En este sentido, para lograr esta seguridad y predecibilidad, las instituciones jurídicas aplicables deben presentar definiciones que reúnan los elementos o presupuestos mínimos de coherencia lógica y funcionalidad, de tal modo que se pueda aprovechar su rendimiento práctico respecto a la solución de los conflictos correspondientes y el operador jurídico no tenga duda en servirse de dichas definiciones, no solo por la seguridad jurídica sino por su eficacia.

Lamentablemente, respecto a la *incautación* (así como a la medida de *secuestro*, que veremos más adelante) existe total confusión y ausencia de uniformidad de criterios en los operadores procesales, los teóricos del Derecho así como en el propio legislador¹⁵². Ante estas circunstancias, tal como hemos venido sosteniendo en trabajos anteriores, proponemos partir definiendo o por lo menos explicando cada una de las instituciones procesales vinculadas a estas medidas controvertidas. Pues debemos indicar que, esta problemática no se circunscribe a nuestro medio, puesto que tampoco en el Derecho comparado se ha resuelto estas cuestiones, habiéndose limitado los diversos autores a formular conceptos a partir de sus respectivas legislaciones, sin haber perfilado o desarrollado conceptos útiles, debidamente determinados y de validez general.

En este orden de cosas, y para establecer el contexto dentro del cual definimos a la incautación, aun cuando ya lo hemos determinado al tratar el decomiso, debemos hacer algunas precisiones sintéticas respecto a todos los elementos o casos que pueden ser materia de incautación, entendida esta como medida cautelar para asegurar el decomiso; esto es precisaremos que entendemos por *objeto del delito, cuerpo del delito, instrumento del delito, efecto o producto del delito, ganancia del delito y bienes de las organizaciones criminales*, luego de lo cual recién podremos elaborar una definición coherente y funcional de la *incautación* (y en su momento, del *secuestro*). Para ello nos remitimos a las ideas desarrolladas al tratar el decomiso.

Objeto del delito es todo bien o interés sobre el cual recae la acción delictiva, es decir, el bien afectado por el delito, pudiendo ser la propia persona, cuando se trata de atentados contra la vida el cuerpo y la salud. La acción delictiva puede ocasionar un daño directamente al objeto de protección (bien o cosa específica) o afectar el interés de su titular respecto a dicho objeto (cuando se priva del bien a su titular mediante una sustracción, hurto, etc.). Cuando el objeto del delito (objeto material u otro tipo de bien) se encuentre o recupere por la Policía, la medida que corresponde aplicar es la *entrega* inmediata a su titular sin mayores dilaciones o formalidades, salvo casos excepcionales en que sea necesario disponer su secuestro para fines de la investigación.

Si bien, en la gran mayoría de casos el objeto del delito tiene un titular reconocido previamente al delito y es dicha titularidad la que se ataca, existen casos excepcionales como el delito de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, en que el objeto del delito no tiene una titularidad reconocida, puesto que habitualmente el objeto del delito de lavado de activos, a la vez configura efectos o ganancias del delito previo (sobre los cuales hemos demostrado que el agente no tiene derecho real alguno). Siendo así, se descartan como objeto del delito, los casos en que la propia acción delictiva produce el ente o elemento material a través del cual se consume el

¹⁵² Al respecto, debe precisarse que el Código Procesal Penal, muestra sus mayores deficiencias cuando desarrolla instituciones que trascienden el ámbito propiamente procesal penal y requiere de conocimientos de otras disciplinas jurídicas, tales son los casos de la reparación civil, de las medidas cautelares reales o también de instituciones como la incautación.

delito, tal como el hecho de producir o elaborar un documento falso; en este caso, el documento falso no configura objeto del delito, sino más bien un efecto o producto del mismo. Distinto es el supuesto en que se adultere o falsifique un documento verdadero, en cuyo caso el documento auténtico que se adulteró sí constituye un objeto del delito. En este sentido, para precisar cuál es el objeto del delito, debemos tener presente que, este debe tener una existencia lícita previa, de tal suerte que la titularidad o materialidad del bien es protegida por el Derecho, y la acción delictiva precisamente lesiona dicha titularidad (sustrayéndolo por ejemplo) o su materialidad (dañándolo o lesionándolo). Se exceptúa de esta premisa, los objetos del delito de lavado de activos, en el que a la vez configura efectos o ganancias del delito previo o los casos de bienes intrínsecamente delictivos, o los bienes respecto de los cuales el reconocimiento de derechos reales está prohibido o queda sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, tal como lo hemos desarrollado al tratar el decomiso.

Con el término *cuerpo del delito*, mayoritariamente se hace referencia a todo objeto o elemento material vinculado al delito. Con este término se comprende a instrumentos del delito, al objeto del delito, a efectos o productos del mismo así como también a las ganancias o cualquier otro objeto material que pudiera servir como elemento o fuente de prueba en la investigación del delito. Como puede verse, dentro de este concepto "... se engloba a cualquier tipo de referencia a los rastros visibles que puede dejar cualquier hecho delictivo"¹⁵³. De ello se aprecia que no se trata de un concepto técnico útil, en términos de eficacia o funcionalidad, para la práctica procesal y por tanto carece de toda relevancia; apreciándose que la doctrina, legislación y jurisprudencia, utilizan este término más por tradición que por criterio técnico – jurídico.

Por *instrumento del delito* debe entenderse a los medios u objetos con los cuales se ha cometido o intentó cometer el delito. Son instrumentos los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución, como por ejemplo las armas con las que se haya ejecutado la muerte o lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de los que se haya valido el falsificador¹⁵⁴.

Por *efecto del delito* debe entenderse a los productos o elementos provenientes del delito, los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva, como por ejemplo los alimentos adulterados o la moneda o documentos falsificados. Pero también pueden ser otros bienes u objetos directamente obtenidos con la acción delictiva, como el dinero obtenido por la comisión del delito.

Por *ganancias del delito* se entiende a todos los bienes o derechos que constituyen efectos mediatos del delito, esto es, que sin provenir directamente del delito tienen como su fuente al mismo, tales son los casos de intereses de cuentas bancarias abiertas con el dinero del delito, o los frutos o rentas que los bienes objeto de la infracción pudieran reportar al agente¹⁵⁵. Normalmente las ganancias son los beneficios obtenidos a través de actos aparentemente lícitos sobre los efectos directos del delito.

¹⁵³ Al respecto ver SÁNCHEZ VELARDE: 2004, p. 510. Con cita de MONTÓN REDONDO.

¹⁵⁴ GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: *"Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 379.

¹⁵⁵ MEINI MÁNDEZ, Iván: 1999. p. 177.

Bienes y activos de las organizaciones criminales son bienes que no constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos cometidos por la organización criminal; se trata de bienes o activos que por encontrarse a disposición de la organización delictiva y contribuir a su propia subsistencia constituyen un **peligro objetivo** para los bienes jurídicos de la sociedad; pues, las organizaciones delictivas usan o se sirven de estos para existir como tales. Estos pueden ser de la titularidad de los miembros de la organización o también pueden aparecer a nombre de la propia organización delictiva, cuando esta ha tomado la configuración de una persona jurídica existente bajo el aparente amparo de las normas jurídicas. Por la peligrosidad objetiva que significa su uso y servicio a la organización delictiva, se justifica su decomiso aun cuando no se haya determinada una relación de causalidad con algún delito específico. En tal sentido, los Convenios internacionales, la legislación comparada, así como Nuestra Ley de Pérdida de Domino dispone su decomiso en su artículo 5°.4.

Todos estos bienes o activos, excepto los denominados *cuerpo del delito*, son materia de decomiso y por ello también serán objeto de incautación; obviamente, siempre que tengan un valor patrimonial cuya titularidad deba pasar a favor del Estado, o entrañen un peligro objetivo, y por ello deben ser destruidos o incinerados. Pero claro, cuando estemos frente al *objeto del delito*, ordinariamente, este será devuelto a su titular, y solo raramente se incautará (cuando se trate del delito de lavado de activos u otro de similar estructura).

2.2. INCAUTACIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES

2.2.1. DEFINICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares, como ya se ha indicado, se encuadran en el marco del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por el cual se confiere a todas las personas, sin excepción, el derecho a tener acceso al sistema judicial y a obtener de él una resolución fundada en derecho¹⁵⁶. Este derecho a la vez es un principio de la administración de justicia y comprende el derecho de acceso a los tribunales, a obtener una sentencia fundada en derecho, a los recursos correspondientes, y, naturalmente, **el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales**.

En este sentido, GONZALEZ PÉREZ refiere que el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con unas garantías mínimas. Este derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, a que sea posible la defensa y la obtención de una solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, a **la plena efectividad de sus pronunciamientos**. Esto es, implica acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia¹⁵⁷.

En este contexto la figura jurídica de las medidas cautelares como instrumento procesal cobra importancia durante el trámite del proceso penal, ya que estas permiten restringir el

¹⁵⁶ GARCIA MORILLO, Joaquín y otros: *“Derecho Constitucional”*. Volumen I. 3ª. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 324.

¹⁵⁷ GONZALES PEREZ, Jesús: *“El derecho a la tutela jurisdiccional”*. Civitas, Madrid, 1985, pp. 27 y 123.

ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o tercero civil a fin de evitar los riesgos de obstaculización del proceso, así como el riesgo de la realización de maniobras fraudulentas orientadas a disponer del patrimonio del obligado o a ocultar los efectos y ganancias del delito. Esto es, buscan asegurar el *efectivo cumplimiento* de la sentencia.

Las medidas cautelares se encuadran dentro de un concepto más amplio al que se conoce como “*medidas o procesos urgentes*”, todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar, pues, algunas medidas de urgencia pueden perseguir otra finalidad. A través de las medidas cautelares “... se busca asegurar el resultado práctico de la sentencia (la realización del derecho material) que recaiga en otro procedimiento de conocimiento o de ejecución”¹⁵⁸.

Para la legítima imposición de una medida cautelar deben observarse los principios de Jurisdiccionalidad, instrumentalizada, eventualidad, provisionalidad, variabilidad y proporcionalidad. Asimismo, para amparar la medida deben cumplirse los presupuestos de la apariencia del derecho o *fumus bonis iuris* y el peligro en la demora o *periculum in mora*; asimismo, cuando corresponda, la correspondiente contracautela.

2.2.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como quiera que las medidas cautelares constituye una ingerencia, limitación o restricción de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la medida, estas deben observar irrestrictamente los siguientes principios:

a) *Legalidad*

Según este principio, tanto en el momento de solicitarse como al dictarse una medida coercitiva dentro de un proceso penal, resulta imprescindible que esta esté prevista y regulada por la ley. Debiendo entenderse por ley, no únicamente la penal o procesal penal, puesto que la medida puede estar contenida o autorizada por cualquier ley, sobre todo, las leyes procesales como el Código Procesal Civil o en otras leyes. En efecto, la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil establece que las disposiciones de dicho Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza. Con ello queda establecido que las disposiciones relativas a las medidas cautelares (ampliamente desarrolladas en dicho cuerpo normativo) resultan aplicables al Proceso Penal, no solo para regular la solicitud y ejecución de las medidas cautelares contenidas en las normas procesales penales, sino también para autorizar medidas cautelares que no están previstas en las normas procesales penales pero sí en las norma procesal civil, como las medidas cautelares anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. En este caso, si la medida se hubiera ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor pudiese deteriorarse por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación (art. 618° del CPC). Asimismo, el Juez puede dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada, cuando se trate de la protección del derecho a la intimidad, la imagen o la voz (art. 686° del CPC). Este principio está previsto expresamente en el artículo 253°.2 del Código Procesal Penal.

b) *Jurisdiccionalidad*

¹⁵⁸ DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis: “*Medidas cautelares sobre automotores*”. Astrea, Buenos aires, 1999, p.16

Según este principio las medidas cautelares deben ser ordenadas por la autoridad judicial, a pedido del Ministerio Público, de la parte agraviada o de cualquier otra parte legitimada. Dada la especial afectación de los derechos de la persona a quien está dirigida la medida cautelar, se reserva al Juez la potestad de disponerla. Este criterio se expresa en el nuevo Código Procesal Penal (art. VI del Título Preliminar) y demás normas procesales que contemplan las medidas cautelares, como la ley 27379.

Sin embargo, se encuentran previstas algunas excepciones a la regla de la Jurisdiccionalidad, como en los casos de detención policial por delito flagrante (numeral 24, párrafo f del art. 2° de la Constitución Política); o en los casos de exhibición e incautación de bienes, atribución otorgada también al Fiscal o a la propia Policía, conforme a lo previsto en el artículo 316° del Nuevo Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal recoge este principio, así como las excepciones al mismo, en su artículo 255°, en cuanto señala que “... *las medidas establecidas en este título, sin perjuicio de las reconocidas a la Policía y al Fiscal, solo se impondrán por el Juez a solicitud del Fiscal, salvo el embargo y la ministración provisional de posesión que también podrán solicitarlas el actor civil*”.

c) Instrumentalidad

Las medidas cautelares son instrumentales del proceso principal, esto es, tienen como objetivo servir de medio para asegurar la efectividad de la sentencia (art. 608° del CPC). En tal sentido, las medidas cautelares solo pueden ser ordenadas mientras se encuentre pendiente el proceso principal, o previamente a iniciar dicho proceso. Una vez dictada la sentencia, las medidas cautelares se extinguen, independientemente de si la pretensión ha sido estimada o no; salvo claro está, el mantenimiento de la medida hasta que se ejecute la obligación garantizada o se remate o adjudique el bien embargado, por ejemplo. O cuando concluya el proceso sin un pronunciamiento definitivo sobre el objeto de la medida cautelar (incautación, embargo, etc.) y deba iniciarse otro proceso al respecto (artículo 12°.5 de la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo N° 1104).

El carácter instrumental de las medidas cautelares se encuentra regulado en el artículo 619° del Código Procesal Civil, que señala: “*Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, este requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial. La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito*”.

d) Provisionalidad o variabilidad (revocabilidad)

Las medidas cautelares son provisorias porque subsisten únicamente mientras duren las circunstancias que determinaron su imposición. Tienen un tiempo límite o máximo de duración; no necesariamente duran lo que dura el proceso. Incluso, antes que finalice el tiempo límite previsto por ley, pueden variar, debido a que se encuentran subordinadas a la permanencia de los presupuestos materiales que determinaron su imposición. Aquí se expresa la regla *rebus sic stantibus*, que significa que las medidas cautelares son susceptibles de modificación o variación a lo largo del proceso, en tanto varíen los presupuestos que ameritaron su imposición o rechazo. Por ello, si conforme al transcurrir del proceso y la actuación de medios probatorios o el surgimiento de hechos nuevos, se determina que se ha intensificado o aminorado la inicial apariencia del derecho

invocado, ello dará lugar a la variación de la medida cautelar. La reforma o variación de las medidas cautelares puede disponerse de oficio o a solicitud de la parte interesada.

El artículo 255°.2 del Código Procesal Penal recoge este principio señalando: “Los autos *que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo*”. A la vez que, también pueden solicitarse las medidas cautelares en el mismo proceso, aun después de haber sido rechazadas, siempre que se mantenga o presente el fundamento para su imposición. Este principio es asumido por el Código Procesal Penal en su artículo 303°.6.

e) Proporcionalidad

Este principio acoge tres sub principios: El de *adecuación*, por el cual la medida debe ser la más apta o idónea para alcanzar el fin legítimo del proceso; el de *necesidad*, por el cual el fin buscado por la medida no pueda ser logrado por otro medio menos gravoso; y de *proporcionalidad propiamente dicha*, esto es, el sentido de estricta ponderación de la medida entre los derechos afectados y los fines perseguidos. En virtud a este principio se deberá atender los fines del proceso y la necesidad de asegurar la eficacia de la sentencia así como el respecto de los derechos y garantías de los involucrados; se impondrá la medida más adecuada para garantizar las finalidades buscadas; y, debe ser impuesta la medida solo cuando resulte absolutamente indispensables y por el tiempo estrictamente necesario, debiendo priorizarse la medida menos gravosa a los derechos constitucionales del afectado. Este principio está previsto expresamente en el artículo VI del Título Preliminar y el artículo 253°.2 del Código Procesal Penal.

f) Prioridad normativa

Como se ha indicado, en el proceso penal y particularmente en lo relativo a las medidas cautelares reales, resultan de aplicación las normas procesales civiles y las normas procesales penales. Ordinariamente, estando a que la pretensión principal (con la cual se da inicio al proceso) es la pretensión punitiva del Estado, se sostiene que las normas procesales penales deben aplicarse preferentemente en la relación procesal penal; y claro, ello resulta totalmente acertado en esta relación procesal, pues, las otras normas solo pueden aplicarse supletoriamente, en tanto y en cuanto se ajusten a la naturaleza de dicha relación procesal. Sin embargo, ello no es absoluto, puesto que como se sabe, en el proceso penal se pueden ejercitar diversas pretensiones además de la pretensión punitiva, tales como la pretensión asegurativa, la pretensión resarcitoria, la de decomiso, de medidas contra las personas jurídicas, la pretensión de nulidad y las diversas pretensiones cautelares; y claro, solo las dos primeras pretensiones tienen carácter penal, y las demás resultan más cercanas al Derecho civil, al Derecho administrativo o a otras ramas del Derecho. Consecuentemente, tratándose de pretensiones distintas a las penales, como la resarcitoria, de nulidad y la propia pretensión de decomiso, las normas especiales o específicas a aplicarse no resultan ser las procesales penales o las penales, sino más bien las civiles de naturaleza patrimonial. En tal sentido, consideramos que en general, a efectos de las medidas cautelares como las que estamos tratando, resultan prioritarias las normas procesales civiles; no obstante, en la incautación, que tiene como fin asegurar la concreción del decomiso, que es una medida propia del Derecho penal, se puede seguir manteniendo la prioridad de las normas procesales penales, más aún, si tenemos en cuenta que la incautación no es considerada como medida cautelar en la legislación procesal civil.

2.2.3. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para la imposición de las medidas cautelares se requiere que se cumplan determinadas condiciones o requisitos, sin los cuales la medida será desestimada o será nula. Especialmente se requiere de la debida motivación de la resolución que la dispone, la misma que deberá consignar con claridad los elementos de convicción que la sustentan; con ello, a la vez, se hace referencia a la jurisdiccionalidad de la medida. Se deja a salvo, sin embargo, los casos de urgencia en que pueden disponerla el Fiscal o ejecutarla la propia Policía con cargo a la confirmación por el órgano jurisdiccional, al cual se le deberá comunicar de inmediato. Particular importancia reviste la existencia del llamado *fumus boni iuris*, del *periculum in mora* y la contracautela.

a) *Fumus boni iuris* o *apariciencia del derecho*.

Referido a la apariencia o verosimilitud del derecho, esto es, el derecho del Estado u otros sujetos legitimados a imponer o lograr la concreción de las consecuencias jurídicas del delito, especialmente las consecuencias patrimoniales, indemnización o resarcimiento, pena de multa, el decomiso, las medidas contra las personas jurídicas y eventualmente la nulidad de ciertos actos jurídicos; así como también las costas procesales. No se trata de la comprobación de la existencia del derecho, es suficiente con una apariencia o verosimilitud. CALAMANDREI señala que: "La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad"¹⁵⁹.

SERRA DOMÍNGUEZ, coincidiendo con Calamandrei, sostiene que, presupuesto de la medida cautelar no es en sí la "existencia", sino la "apariciencia" del derecho. Sin embargo, se distancia del autor italiano, respecto a que la cognición cautelar se limite a un juicio de probabilidades, al expresar que el juicio jurisdiccional sobre las medidas cautelares no difiere cualitativamente del juicio de fondo, por lo que manifiesta su desacuerdo en aplicar a las medidas cautelares "juicio de probabilidad y de verosimilitud"; pues, afirma, que en el ámbito humano, al no existir la certeza absoluta, tanto uno como otro juicio, se resuelven en definitiva en juicios de probabilidad¹⁶⁰.

Por nuestra parte, asimilamos las ideas de Calamandrei, que en este momento constituyen criterio mayoritario, tal como refiere ARANGÜENA FANEGO, quien luego de un minucioso análisis concluye que la expresión "juicio de probabilidad y verosimilitud" resulta útil y acertada

¹⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares". Ara Editores, Lima, 2005, Pág. 40 y 41.

¹⁶⁰ ARANGÜENA FANEGO, Coral, "Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal". Ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 23.

con el fin de marcar terminológicamente las diferencias que median entre el grado de conocimiento que caracteriza a una medida cautelar (probabilidad) y el necesario para poder dictar la resolución definitiva (certeza).

b) *Periculum in mora o peligro en la demora*

Referido a la posibilidad de que, de no disponerse y ejecutarse la medida, se corre el riesgo de que efectivamente se concrete la acción defraudatoria, de ocultamiento o de fuga, que se pretende evitar, con el consecuente daño a la administración de justicia, al agraviado o a las demás partes procesales. Debe tratarse de un supuesto en que la demora del proceso constituye propiamente un peligro inminente del daño que se quiere evitar. Esto es, que se pueda afectar de modo irreparable la pretensión punitiva, la pretensión resarcitoria, la de decomiso, o la de nulidad ejercitadas en el proceso penal. Es decir, que de no dictarse la detención el sujeto pudiese darse a la fuga, o que de no asegurarse los bienes, instrumentos, efectos o ganancias del delito, estos pueden ser dispuestos u ocultados, desapareciéndolos o alejándolos de la administración de justicia.

El *periculum in mora* determina el carácter de urgencia de la medida, pues de tratarse de asuntos normales, la medida cautelar no se justificaría. CALAMANDREI sostiene que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, la “eminencia del peligro”. Explica este autor, que la expresión “providencias de urgencia”, se refiere a aquellos casos en que la providencia jurisdiccional, si quiere alcanzar su objeto, debe ser dictada “*sin retardo*”¹⁶¹; en este sentido dicho autor refiere que el *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares. El peligro en la demora no es el “peligro genérico de daño jurídico”, sino específicamente el peligro del “*ulterior daño marginal*” que podría derivar del retardo de la providencia definitiva¹⁶².

Por su parte ARANGÜENA FANEGO, acertadamente refiere que: “... la urgencia coimplica una consecuencia inmediata, y es la de que acuerde la medida cautelar lo más rápidamente posible; es decir que se sustancie su concesión u otorgamiento, por el procedimiento más acelerado que fuere factible”¹⁶³. En sentido similar se pronuncian Monroy Gálvez y Monroy Palacios¹⁶⁴.

c) *¿Contracautela?*

Conforme lo estipula el artículo 621° del Código Procesal Civil, si se declara infundada la demanda, cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, quien lo solicitó (titular de la medida) pagará las costas y costos del proceso cautelar, es decir del costo que implicó imponer la medida; asimismo, deberá pagar una multa, y de ser el caso la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Igualmente, conforme al artículo 622° de dicho cuerpo legal, el peticionante

¹⁶¹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Ara Editores, Lima, 2005, Pág. 40,41.

¹⁶² *Ob. Cit.* Pág.42.

¹⁶³ ARANGUENA FANEGO, Coral, *Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.

¹⁶⁴ MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan, *Sentencia Anticipada*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, Pág. 189-190.

de la medida cautelar es responsable solidario con el órgano de auxilio judicial (depositario) por deterioro o pérdida del bien afectado con la medida cautelar. Para asegurar estas responsabilidades pecuniarias del titular de la medida cautelar respecto al daño que puede ocasionar la ejecución de la medida, resulta pertinente exigir como presupuesto de la medida, la llamada *contracautela*. Este criterio es incuestionable en el proceso civil, y también deberá aplicarse en el proceso penal, conforme a la nueva normativa procesal.

Tratándose de la *medida cautelar de incautación* con fines de decomiso, no será necesaria ninguna contractuela ofrecida por quien solicite la medida, puesto que se trata de supuestos en que existen suficientes elementos de convicción o pruebas, en el sentido de que los bienes o derechos afectados constituyen efectos o ganancias del delito, sobre los cuales el ordenamiento jurídico no reconoce titularidad alguna a la persona afectada con dicha medida, o de instrumentos del delito respecto de los cuales su titular ha perdido el derecho real que hubiera tenido, por ejercicio contrario al derecho; y por tanto, propiamente no se puede afectar derecho real que no existe. Más aún, en estos casos, el peticionante de la medida cautelar será siempre el Fiscal o el Procurador Público correspondiente, los mismos que están exonerados de prestar contracautela por las normas anotadas precedentemente.

2.2.4. FUNCIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

La función de la medida cautelar real es evitar actuaciones perjudiciales que impidan la *efectividad de la sentencia* en relación con las consecuencias jurídico-económicas del delito. La medida cautelar tiene doble objeto, por un lado defiende los derechos subjetivos, garantizando su *eficacia*, y de otro consolida la seriedad y eficacia de la función jurisdiccional.

Entre las medidas que cumplen esta función cautelar están:

- *El embargo* (art. 302° y ss) vinculado al aseguramiento del pago de la pena de multa, la reparación civil y las costas.
- *La orden de inhibición* (art. 310°), que impide realizar actos de disposición o de gravamen sobre bienes sujetos al pago de la reparación civil o sujetos a decomiso.
- *Anotación preventiva* (art. 15°.1, del Código Procesal Penal y art. 673° del Código Procesal Civil), que busca publicitar la existencia del proceso o la demanda, a fin de descartar la supuesta buena fe que podrían alegar los terceros adquirentes.
- *La incautación* con fines de decomiso (art. 316° y ss) de objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, así como de los demás bienes y activos establecidos por la ley (D. Leg. N° 1104).
- *Medida cautelar genérica* no prevista (art. 629° y 1ª Disposición final del Código Procesal Civil), para asegurar de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.
- *Medida de no innovar*, prevista en el artículo 687° del Código Procesal Civil. Por esta se busca mantener los hechos en el estado en que se encuentran al momento en que se solicita la medida.

Tanto el D. Leg. 959, así como el Código Procesal Penal, normas que resultan concordantes con el artículo 200° del Código Civil, establecen la procedencia de las medidas cautelares orientadas a evitar perjuicios irreparables a los agraviados (acreedores) en el proceso penal, especialmente hacen referencia a la anotación preventiva de la demanda de nulidad. Con lo cual no se quiere decir que estas medidas procedan solo cuando se ejercita la acción anulatoria

de actos de disposición fraudulenta en el proceso penal, por el contrario, pueden solicitarse y disponerse, precisamente, para evitar los actos de disposición o gravamen, y por tanto, ya no habrá necesidad del ejercicio de la acción anulatoria. Asimismo, pueden interponerse una vez que se ha logrado la nulidad de los actos de disposición o gravamen fraudulentos, precisamente para garantizar que ya no se vuelva a disponer o gravar los bienes que garantizan el pago de la reparación civil, o de bienes o activos que eventualmente pudieran ser materia de decomiso.

Estas medidas, a diferencia de las personales que están dirigidas contra la persona del investigado o procesado, constituyen afectaciones sobre objetos, bienes o efectos vinculados al delito o al agente del mismo; aún cuando en su gran mayoría afectan al patrimonio del imputado o del tercero civil, en ciertos casos no necesariamente están referidas al patrimonio de éstos, tal como en el supuesto de la incautación. Tienen por objeto impedir que se realicen determinadas actuaciones perjudiciales para ciertos sujetos procesales durante la pendency del proceso. Además de las medidas cautelares, hay otras que cumplen una función asegurativa de la prueba y otras que cumplen una función tuitiva.

Las medidas de coerción reales cumplen una función de protección cautelar de las consecuencias jurídico económicas del delito, no solamente desde la perspectiva de las personas naturales sino también de las Personas Jurídicas. Al respecto vale recordar que en el ámbito de la Política Criminal contra la criminalidad organizada y la criminalidad económica de los últimos tiempos, se está diseñando una estrategia de prevención con sanciones de tipo patrimonial contundentes, buscando impedir al autor de los delitos, toda posibilidad de beneficiarse con el producto de los mismos.

El comiso, las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, la multa y la reparación civil, aunque respondan a distintos fundamentos, en definitiva se asocian a esta finalidad común.

2.2.5. CADUCIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Consecuencia de la provisionalidad (temporalidad) y carácter instrumental de la medida cautelar, es su sujeción al proceso principal que deberá incoarse luego de trabada la medida; sin embargo, dicho proceso, como todo proceso judicial, deberá concluir en un plazo razonable, en observancia del derecho al debido proceso, sobre todo cuando el mismo afecta derechos fundamentales, como el caso de afectación de bienes con medidas cautelares; por ello mismo, la medida cautelar, sea personal o real, no puede mantenerse indefinidamente, por el contrario, quedará sujeta a un plazo de caducidad razonable, transcurrido el cual deberá quedar sin efecto de pleno derecho.

Esta situación está prevista con toda claridad en el artículo 625° del Código Procesal Civil, el mismo que establece que toda medida cautelar caduca a los dos años contados desde la conclusión del proceso principal en el cual se ampara la pretensión asegurada con la medida cautelar. Esto es, a los dos años de que concluye el proceso declarando fundada la demanda en la que se discutió la pretensión asegurada con la medida cautelar. En el caso del proceso penal, a los dos años en que concluya el proceso, mediante sentencia firme, amparando la reparación civil, o en su caso imponiendo la pena de multa o la determinación de costas procesales, o establecido el decomiso. Si transcurridos los dos años posteriores a ello, el embargo o cualquier otra medida no se hubiera ejecutado, el mismo se levantará de pleno derecho. Lo cual implica que el Juez pueda

dictarlo de oficio o a simple solicitud de la parte interesada, sin necesidad de oír al beneficiado con la cautela, bastando para ello comprobar el cumplimiento del plazo establecido por ley.

Asimismo, establece la norma procesal civil, que independientemente, del curso o destino del proceso principal (en el que se discute la pretensión asegurada), la medida cautelar caduca de pleno derecho a los *cinco años* contados a partir de que esta es trabado o ejecutado. En este caso, sin embargo, si el proceso principal no hubiera concluido, el Juez a pedido de parte, puede pedir la reactualización de la medida; dicha decisión requiere de nueva ejecución cuando se trate de una medida que deba inscribirse en los Registros Públicos.

De otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 636° del Código Procesal Civil, si la medida se ejecutara antes de iniciado el proceso principal (en el caso del proceso penal, antes de iniciada la investigación preparatoria), el beneficiario debe interponer su demanda dentro de los 10 días posteriores a dicho acto. De no interponerse la demanda dentro de este plazo o si fuera rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno derecho. En el proceso penal, la demanda puede estar referida al ejercicio de la pretensión resarcitoria, sea por el actor civil o por el Fiscal, o también a la demanda de nulidad de actos de disposición o gravamen de bienes sujetos al pago de la reparación civil. Igualmente, puede referirse a la solicitud de aseguramiento de las demás consecuencias pecuniarias del delito.

Finalmente, debemos precisar que, en el proceso penal, en el caso de la *incautación* (aun cuando esta participa de todas las características de las medidas cautelares) por tratarse de una medida vinculada exclusivamente a consecuencias vinculadas al delito y no tener un tratamiento específico en el proceso civil, pueden observarse algunos criterios particulares; puesto que en cuanto a los bienes o derechos materia de incautación, existen suficientes indicios de que sus detentadores no son propiamente titulares de los mismos; por el contrario, su posesión revestiría naturaleza delictiva, o en todo caso, los bienes tendrían origen delictivo. Consecuentemente, la afectación a los supuestos derechos de los afectados con la incautación, constituye una situación especial. Siendo así, lo dispuesto en el Código Procesal Civil respecto a las medidas cautelares no le resultaría aplicable. En tal virtud, los plazos de caducidad de la medida anotados en el presente rubro no serán de aplicación a la incautación, pudiendo extenderse los mismos razonablemente, conforme a las necesidades y funcionalidad de la medida.

2.3. CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA INCAUTACIÓN EN EL PROCESO

Aún cuando no hay definiciones consensuadas respecto a esta institución, (existiendo únicamente criterios elaborados a partir de las particularidades de cada legislación de los diferentes países), creemos que a partir de la propia gestación del Código Procesal Penal y de las demás normas que se refieren a la incautación¹⁶⁵, se puede definir su naturaleza jurídica y

¹⁶⁵ Los convenios y normas que se refieren a la *incautación* a los que nos referimos, entre otros, son:

- Convención de Viena, relativa a la proscripción del TID y Lavado de dinero.
- La Convención de Estrasburgo, sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito.
- Convención de Palermo, Convención contra la delincuencia organizada transnacional.
- El Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el TID y otros delitos graves.
- Otros convenios internacionales.

fundamento, sobre todo, a partir del artículo 316°.3 del Código Procesal Penal, el mismo que indica que para dictar la medida de incautación se deberá tener en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102° y 103° del Código Penal, los cuales están referidos exclusivamente al decomiso y nada tienen que ver con el secuestro o con alguna otra medida de carácter procesal vinculada a los fines de investigación del delito.

Lamentablemente, en nuestro medio, todavía existen doctrinas erradas que confunden la incautación con el secuestro y les dan el mismo tratamiento, como si se tratara de una misma institución jurídica; estas doctrinas han tenido influencia en la configuración de las normas procesales penales (especialmente en el Código Procesal Penal), a la vez que siguen teniendo injerencia en la jurisprudencia y en la formulación de los Acuerdos Plenarios supuestamente vinculantes, como el *ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116*, del 16 de noviembre del 2010 (*FJ: 7 a 15*). Esta doctrina que erróneamente se ha plasmado en los artículos 218° a 234° del Código Procesal Penal, así como medianamente en los artículos 316° a 320° del mismo cuerpo legal, ha generado una confusión total en la aplicación de este articulado del Código, pues al atribuirles el mismo fundamento y función al secuestro y a la incautación en el proceso penal, ha determinado que se distorsione el contenido y aplicación del secuestro y pierda totalmente su funcionalidad dentro del proceso; pues, al haberse dispuesto que el secuestro tenga que ser necesariamente dispuesto por el Juez y, si hubiese sido ejecutado por la Policía y el Fiscal en casos de urgencia, deba ser necesariamente confirmado por el Juez para recién tener efectos procesales, contradice totalmente el sistema acusatorio plasmado en la referida norma procesal, que deja a cargo del Fiscal la primera etapa del proceso penal (Investigación Preparatoria); pues, le niega la posibilidad de realizar de modo oportuno y eficaz una de los principales actos de investigación como es el acopio de pruebas materiales; con lo cual a la vez, frustra la realización de una investigación adecuada, con lo cual se propicia la impunidad (como en efecto está sucediendo en todos los lugares en que está vigente el Código Procesal Penal); en tal sentido, desde aquí abogamos por la pronta modificación del Código Procesal Penal en este aspecto¹⁶⁶.

Estas doctrinas erradas pretenden sustentarse en la autoridad de autores como LEONE o CLARÍA OLMEDO, sin embargo, resulta evidente que estos autores desarrollaron sus ideas en

Igualmente, en la legislación nacional se habla de incautación especialmente en el numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado; igualmente en:

- Ley de lavado de activos, Decreto Legislativo N° 1106, y leyes previas como la Ley N° 27765.
- Ley de Delitos Aduaneros, N° 28008.
- Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del delito, N° 27934. Derogado por el D. Leg. N° 989.
- Ley N° 27652. Sobre recusación de Magistrados.
- Ley N° 27938. Sobre uso de bienes incautados en casos de delitos de Secuestro y contra el Patrimonio, Derogada por el D. Leg. N° 988.
- Ley N° 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares
- Decreto Ley N° 22095
- Código Penal: Art. 102° (Modificado por el D. Leg. 982); Art. 401° – B. Art. 221° (Delitos contra los Derechos de autor), y artículo 231° (Delitos contra los bienes culturales).

¹⁶⁶ En efecto, en el marco del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que se viene elaborando por disposición de la Fiscalía de la Nación, ya se ha advertido este defecto de la norma procesal, y se está tratando de corregir desde las disposiciones orgánicas del Ministerio Público (Facultades y atribuciones de los Fiscales Provinciales Penales).

una época y unas circunstancias en que todavía no se había evidenciado la necesidad de privar del producto del delito a los agentes delictivos y especialmente a las organizaciones criminales, más allá de la afectación de bienes con simples fines de esclarecimiento de los hechos (secuestro); obviamente en este momento no se vislumbraba la diferencia entre la necesidad de concretar el decomiso en los procesos penales con la consecuente implementación de la correspondiente medida cautelar para asegurar la pretensión de decomiso y la implementación del secuestro con fines investigativos; lo que a la fecha se ha convertido en una necesidad impostergable y ha quedado plasmado en los convenios internacionales y en la mayoría de normas de los respectivos estados suscriptores de tales convenios.

En efecto, en todos los instrumentos o normas internacionales, se hace referencia a la **incautación**, como medida cautelar que afecta a los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, considerándola como medida cautelar orientada a asegurar el decomiso de dichos bienes o efectos; no atribuyéndole a la incautación fines propios de la investigación o del esclarecimiento de los hechos; lo que dejan a cargo del **secuestro**, al cual en todo caso lo llama con otro nombre pero siempre diferenciándolo de la incautación¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Esta teoría, a nuestro juicio errada, es particularmente sostenida por SAN MARTÍN CASTRO (*Ob. Cit.* p. 595 y con cita de LEONE), quien habla de **secuestro cautelar** y de **secuestro instrumental** refiriéndose al primero como la afectación de los instrumentos y efectos del delito, y al segundo como la afectación de las cosas que tengan relación con la prueba del delito, ya se trate de cosas sobre las que recayó la acción delictiva u otras de relevancia probatoria. Este criterio errado ha sido trasladado al Código Procesal Penal, del cual este autor fue su principal promotor.

Asimismo, SAN MARTÍN CASTRO (2003; p. 583 con cita de Clariá Olmedo), también señala: “La incautación o secuestro consiste en la aprehensión y retención de bienes relacionados con el hecho que se investiga, e implica que se priva al poseedor de su tenencia y que quedan en custodia a disposición del Tribunal”.

Estos criterios a su vez han sido plasmados en el *ACUERDO PLENARIO N° 5–2010/CJ–116*, del 16 de noviembre del 2010 (*FJ: 7 a 15*), en el que textualmente se sostienen sus FJs. 11, 12 y 14: “La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria (...) En los casos de flagrancia delictiva -en las modalidades reconocidas por el art. 259° NCPP- o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. (...). Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (art. 317° NCPP).

La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del párrafo anterior, que requiere resolución judicial previa -el Juez tiene aquí la primera palabra-, la regla es que ejecutada la medida por la Policía motu proprio o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal. (...). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida -si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva- (...).

Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar

Este criterio plasmado en las normas internacionales, ya estaba previsto en nuestras normas nacionales, en las que igualmente, se hace referencia a incautación como medida cautelar orientada el decomiso de instrumentos, efectos o ganancias del delito, diferenciándola de la medida coercitiva dictada con fines propios de la investigación; esto se aprecia ya en el artículo 71° concordante con el 59° del Código de Procedimientos Penales, relativo a la actuación de la Policía Judicial, en donde se establece que la Policía Judicial pondrá a disposición de los jueces a los responsables de los delitos o faltas, con **“los elementos de prueba y efectos que se hubiesen incautado”**; con lo que claramente diferencia a ambas medidas (secuestro –elementos de prueba- e incautación –efectos-). Recién el Código Procesal Penal de 1991 (que no entró en vigencia real), habló de secuestro como sinónimo de incautación generándose la confusión que aparece en el Código actual, aun cuando en este último se ha evitado hablar de secuestro, manteniéndose el término incautación para todos los casos, tanto para los que se trata propiamente de “incautación” así como para los que realmente se trata de “secuestro”.

No obstante lo dicho, creemos que con el tratamiento dado a la incautación por normas recientes como el Decreto Legislativo N° 982 y los Decretos Legislativos N° 1104 y 1106, relativos a la Pérdida de Dominio y al Delito de Lavado de Activos; así como también los Decretos Legislativos N° 983, N° 986, N° 988, N° 989 y N° 992, se puede apreciar nítidamente su fundamento y finalidad cautelar. Y claro, las normas del Código Procesal Penal que resultan aplicables a la incautación son los artículos 316° a 320° descartándose la aplicación de los artículos 218° a 234 del mismo cuerpo procesal, reservándose estos últimos para el **secuestro**. Asimismo, también deberá descartarse el contenido del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema, en cuanto trate a la incautación y al secuestro como una misma institución.

En este sentido, y tomando en cuenta en parte, lo dispuesto por el artículo 316°.1 del Código Procesal Penal, podemos definir a la **incautación** como la *medida cautelar real* dictada sobre bienes o activos, que se presume, constituyen **objetos¹⁶⁸, instrumentos, efectos o ganancias del delito**, para asegurar la concreción de su decomiso. Asimismo, también puede recaer sobre **los bienes de las organizaciones delictivas o sobre los bienes de propiedad del agente por un valor equivalente al de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, que hubiese transferidos a terceros de modo definitivo o los mantuviese ocultos**, con la finalidad de asegurar su decomiso, llegado el momento. En otras palabras, es la medida cautelar dictada o ejecutada con la finalidad de asegurar el decomiso de instrumentos, efectos y ganancias del delito¹⁶⁹.

En el caso de los **instrumentos**, tal como se ha dicho con anterioridad, la incautación se concreta con la finalidad de asegurar la privación de los medios u objetos con los cuales se ha

provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito”.

¹⁶⁸ En anteriores trabajos no hemos considerado a “objetos del delito” como materia de la incautación, sin embargo, tal como lo hemos señalado al tratar el decomiso de “objetos del delito”, dichos objetos, en casos excepcionales, pueden ser materia de decomiso, y por lo tanto, previamente pueden ser materia de incautación.

¹⁶⁹ En el mismo sentido se pronuncia SAN MARTÍN CASTRO: **“Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación”**. *Ius et Veritas* (Revista de los Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica), N° 19. p. 245; donde también constata el nivel de confusión existente entre la incautación y el secuestro, y considera a la incautación como secuestro cautelar, en contraposición, al secuestro propiamente dicho, al cual lo llama secuestro instrumental.

cometido el delito, y cuya posesión o tenencia en poder del agente del delito o eventuales terceros, implica un peligro que es necesario evitar. Y en el caso de *efectos y ganancias* del delito, la incautación se concreta porque se presume que el detentador de estos no tiene titularidad alguna sobre los mismos, por el contrario, la posesión de estos por parte de los agentes del delito significa una situación de ilicitud o contravención al propio Derecho, y por ello es necesario asegurar su decomiso; pues, el Estado, como una medida de protección del ordenamiento jurídico o profilaxis jurídica, debe intervenir estos bienes, tomando posesión o asumiendo la titularidad de los mismos, privándolos de ellos a los agentes del delito o eventuales detentadores.

Consecuentemente, la incautación no cumple propiamente fines de investigación; los bienes afectados con la incautación no tienen una utilidad para el esclarecimiento de los hechos; si estos resultaran útiles, en buena hora, pero en principio, ello no es la razón por la cual se realiza la incautación. Si los bienes materia de incautación pudieran servir como elemento o fuente de prueba para la investigación y procesamiento del delito, será necesario disponer su secuestro, en cuyo caso se levantará un acta de *secuestro e incautación* y de este modo se aprovechará la utilidad probatoria de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito. Es por ello que pueden incautarse bienes o derechos que nada tengan que ver con los fines de la investigación o del proceso pero que constituyen efectos o ganancias del delito. Si se asumiera el criterio de equiparar la incautación con el secuestro, y se tomara como fundamento, su utilidad en la investigación, los bienes que no revisten interés para el esclarecimiento de los hechos, no podrían incautarse, con lo que se dejaría a salvo el patrimonio criminal de los agentes delictivos, aun cuando la calidad de efectos de ganancias del delito, quedase debidamente esclarecida.

Debe precisarse que pueden ser objeto de incautación cualquier tipo de bienes y derechos, mereciendo destacarse que si se tratara de bienes muebles, la incautación se concretará con la *aprehensión* y toma bajo custodia, mientras que si se tratara de inmuebles, se realizará a través de la *ocupación* por parte de la autoridad, con la correspondiente desposesión al detentador o poseedor de los mismos, concretándose además con la respectiva inscripción en los registros correspondientes.

2.4. OBJETO DE LA INCAUTACIÓN

Como ya se ha indicado con toda claridad, constituyen materia u objeto de la incautación, todos los bienes, derechos, cosas u otros elementos susceptibles de decomiso; esto es, todo lo que constituya objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito. Aun cuando el artículo 316° del Código Procesal Penal no hace referencia a ‘ganancias’, de conformidad con las demás normas anotadas con anterioridad, principalmente la Ley de Lavado de Activos y el artículo 102° del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 982, queda claro que también se comprende a estas; esto queda más claro aún, con las disposiciones de la última Ley de Pérdida de Dominio y la nueva Ley de Lavado de Activos (Ds. Legs. 1104 y 1106, respectivamente)¹⁷⁰.

¹⁷⁰ GRACIA MARTÍN: En el Prólogo al libro *“Las consecuencias jurídico-económicas del delito”* de José Luis CASTILLO ALVA; Idemsa, Lima, 2001, así como este último, expresaban su criterio categórico en el sentido de que las ganancias no estaban comprendidas en el decomiso, y por tanto tampoco podían ser materia de incautación; claro que estos criterios fueron esbozados antes de la dación de las últimas normas que aclaran el panorama.

Asimismo, también constituyen objeto de la incautación (puesto que son materia de decomiso), *los bienes y activos de las organizaciones criminales*, así como también los *bienes de la titularidad del agente del delito*, cuando existan suficientes elementos de convicción de que con el delito se han obtenido bienes o activos significativos y, sin embargo, el agente los mantiene ocultos o los ha transferido a tercero de modo definitivo (el tercero ha actuado de buena fe y a título oneroso); o también cuando los ha destruido, sobre todo, con la finalidad de evitar que se conozca el origen de los bienes o activos; en estos casos se trata del decomiso por valor equivalente, y por ello previamente se deberá dictar la incautación, sea en la investigación o proceso penal o en un proceso de pérdida de dominio. Finalmente, también pueden incautarse bienes de origen lícito que se han *mezclado o confundido* con bienes de origen delictivo y resulten indiferenciables o formen un todo indivisible. En este caso, inclusive, pudiese ser que los bienes de origen lícito se hubiesen utilizado con la finalidad de blanquear los de origen delictivo, en cuyo caso, serán considerados como medios o instrumentos del delito, y en tal calidad se producirá su incautación.

Pero claro, todos estos elementos, bienes u objetos de incautación (con fines de decomiso), serán todos aquellos susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o el dinero; en general todos aquellos sobre los cuales pueda surgir cualquier derecho real o titularidad patrimonial; asimismo, se comprende dentro de los objetos de incautación a los frutos de los efectos, ganancias o productos del delito. De este modo, quedan descartados como objetos de incautación aquellos elementos sin valor económico o patrimonial, y si nos encontramos ante este tipo de elementos, solo podrán ser materia de secuestro, siempre que tengan alguna utilidad para el esclarecimiento de los hechos.

2.5 EFECTOS DE LA INCAUTACION SOBRE EL OBJETO, BIEN O ACTIVO INCAUTADO

Como se ha indicado, la incautación se realizará cuando exista suficientes elementos de convicción de que nos encontramos frente a objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, respecto de los cuales el agente o eventual tercero no tiene derecho real alguno, pese a que se trata de bienes y objetos sobre los cuales es posible reconocer derechos o titularidades¹⁷¹. En tal sentido, con la incautación, si bien provisionalmente, se está desconociendo todo posible derecho real que pudiera tener el afectado o detentador de los bienes o activos; en buena cuenta se está asumiendo de que este no tiene la propiedad del bien o activo afectado. Por ello mismo, transitoriamente se pone en tela de juicio toda titularidad del afectado sobre el bien afectado. Ello lleva a que la autoridad competente aprehenda, tome posesión u ocupe el bien, sea mueble o inmueble o de otro tipo, quedando impedido, el afectado, de ejercer todo derecho sobre el bien; sobre todo, queda impedido de realizar actos de disposición o de gravamen.

Siendo así, resulta claro que el efecto de la incautación sobre el bien incautado, radica en que priva al afectado de realizar todo acto de posesión, disposición, disfrute, gravamen o cualquier otro que signifique ejercicio de cualquier derecho real. Ello queda claramente determinado con el contenido de la Sexta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1104 (Ley de Pérdida de Dominio) que establece: “*Queda prohibida toda*

¹⁷¹ Ver fundamentos al respecto, en el punto Decomiso y Derecho de Propiedad de este mismo trabajo.

anotación o inscripción de actos o contratos con posterioridad a la medida de incautación o decomiso ordenada por la autoridad judicial, quedando la partida registral bloqueada”.

Realizar esta precisión resulta importante, porque de este modo se diferencia a un bien incautado de uno secuestrado, respecto del cual no entra en discusión la propiedad o posesión del afectado, y por tanto, su titular puede disponer, gravar o realizar cualquier acto referido al ejercicio de sus derechos mientras el bien permanezca secuestrado.

2.6 MOMENTO EN QUE DEBE REALIZARSE O DISPONERSE LA INCAUTACIÓN Y AUTORIDADES QUE LA DISPONEN O EJECUTAN

La incautación puede ser realizada durante las primeras diligencias o en el curso de la investigación preparatoria por la Policía o por el Ministerio Público, siempre que exista peligro en la demora; esto es, cuando la urgencia del caso lo amerite, particularmente en los supuestos de delito flagrante, en que se hallan o descubren los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito; tal como lo establece el artículo 316° del Código Procesal Penal. En este caso, la Policía puede realizar la incautación por propia iniciativa, dando cuenta de inmediato al Fiscal, quien a la vez solicitará la confirmatoria de parte del Juez de la investigación preparatoria. Asimismo, también en las diligencias previas o en delito flagrante, la Policía puede realizar la incautación por disposición del Fiscal, a la vez que también puede realizarla el propio Fiscal.

Durante la investigación preparatoria, igualmente, la incautación la realiza la Policía por disposición del Fiscal o el propio Fiscal cuando se descubren o encuentran los objetos, instrumentos o productos del delito (efectos y ganancias); pero claro, siempre que se trate de casos de urgencia, en los que de no realizarla se corra el riesgo de que los instrumentos, efectos o ganancias del delito desaparezcan, sean ocultados o el agente disponga de ellos de modo definitivo, frustrándose la posibilidad de la concreción de la incautación y el decomiso. En todos estos casos, el Fiscal de inmediato solicitará la confirmación del Juez de la Investigación Preparatoria. Si no existiera peligro en la demora el fiscal debe solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria que expida la medida de incautación, y la realizará el Fiscal conjuntamente con la Policía, una vez dispuesta por el Juez. También tendrá que disponerla el Juez de la investigación preparatoria cuando, pese a la urgencia, no sea posible realizar la incautación por oposición del afectado o porque los objetos, instrumentos o productos del delito permanecen ocultos o en lugar privado (cerrado) al cual no puede ingresar el Fiscal sin autorización de su titular o del Juez.

De otro lado, aun cuando conforme al Código Procesal Penal, la incautación solo puede realizarse durante las primeras diligencias o durante la investigación preparatoria, conforme al artículo 4° inciso c) de la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. N° 1106), también puede realizarse durante la etapa intermedia, puesto que esta norma establece que para que opere la acción de pérdida de dominio (decomiso fuera del proceso penal) los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o los demás bienes y activos que pueden decomisarse conforme a ley, deben descubrirse con posterioridad a la etapa intermedia, lo cual significa que si se descubriesen durante esta etapa, procede el decomiso en el propio proceso penal y por tanto la incautación se realizará dentro de este proceso. Obviamente ello resulta razonable, puesto que durante esta etapa del proceso penal el Fiscal puede presentar escrito a través del cual modifica, aclara o integra la acusación; a la vez que las partes pueden presentar las pruebas respectivas, así

como también el Juez de la Investigación Preparatoria puede devolver la acusación al Fiscal para que realice un nuevo análisis. En estas condiciones, consideramos que no existe inconveniente para insertar la pretensión de decomiso en la acusación y comprender los bienes o activos incautados en dicha acusación, teniendo las partes todas las posibilidades de ejercitar su derecho de defensa. Aun cuando esto no es lo ideal, ello resulta posible por mandato de la ley, y claro los inconvenientes no son significativos.

En los casos en que durante la investigación ya se hubiese conocido de la existencia de los objetos, instrumentos (medios), efectos y ganancias del delito y se hubiese ejercitado la pretensión de decomiso solicitándose la incautación, pero esta no se hubiese ejecutado por razones ajenas al Fiscal, la pretensión de decomiso ya deberá estar comprendida en la acusación, por lo que no habrá problema alguno para realizar o ejecutar la incautación en la etapa intermedia; en este caso, inclusive puede concretarse la incautación durante el desarrollo del juicio, puesto que ya se trata de una pretensión comprendida en la acusación y es materia de debate en el contradictorio. Sin embargo, en este último caso, no será el Juez del Juicio quien disponga la incautación, pues, esta ya habrá sido dispuesta por el Juez de la Investigación Preparatoria.

De otro lado, en los casos seguidos conforme al antiguo Código de Procedimientos Penales, la incautación será dispuesta y realizada durante la investigación preliminar a cargo de la Policía Nacional o del Fiscal o durante la etapa de instrucción (sin que pueda realizarse durante la etapa intermedia, puesto que en este procedimiento, no se aprecia claramente la existencia y operatividad de dicha etapa; por ello el inciso c) del artículo 4° de la Ley de Pérdida de Dominio en actual vigencia, estipula que dicha acción real solo procederá luego de concluida la etapa de instrucción, lo que implica que en el proceso penal la pretensión de decomiso solo podrá incorporarse en el proceso penal en la etapa de instrucción, y por tanto, su medida cautelar (la incautación) solo podrá solicitarse, disponerse y ejecutarse en esta etapa procesal. Distinto será el supuesto en que ya se hubiese ejercitado la pretensión de decomiso, y la incautación ya se hubiese ordenado o dispuesto, en cuyo caso, puede ejecutarse la incautación sin problema alguno durante el juicio oral. En tal sentido, el literal b) del artículo 94° del Código de Procedimientos penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 983, del 22 de julio del 2007, que establece que el Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, o de la parte civil (en este caso el Procurador Público) podrá disponer la incautación *en cualquier estado del proceso*, debe de interpretarse conforme a los criterios establecidos en la nueva legislación a la que hemos hecho referencia, descartándose que la incautación pueda disponerse en cualquier estado del proceso, pudiendo realizarse únicamente en la etapa de instrucción, tal como lo estipula el Decreto Legislativo N° 1104.

Si los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, o los demás bienes materia de decomiso (bienes de las organizaciones criminales; bienes lícitos por valor equivalente a los materia de decomiso transferidos, ocultados o destruidos; y, bienes de origen lícito mezclados con los de origen delictivo) se descubrieran o encontraran con posterioridad a la etapa intermedia o concluida que sea la etapa de instrucción (proceso conforme al Código Procesal Penal y Código de Procedimientos Penales, respectivamente), el decomiso se realizará a través de la acción real autónoma conocida como *acción de pérdida de dominio*, esto es, en un proceso distinto al proceso penal; en cuyo caso la incautación también se realizará en el marco de este proceso, sujeto a la Ley de Pérdida de Dominio; lo mismo sucederá cuando por cualquier causa no sea

posible iniciar o continuar el proceso penal, o cuando este hubiese concluido sin haberse desvirtuado la calidad de bien decomisible de los bienes incautados en dicho proceso, o también cuando los bienes o activos materia de decomiso se descubriesen con posterioridad a la conclusión del proceso penal. En este supuesto, será el Juez que conozca el proceso de pérdida de dominio, quien disponga, autorice o confirme la incautación; y claro también será el Fiscal que realiza la investigación en este proceso, quien la solicite al Juez, autorice a la Policía, o la ejecute motu proprio en casos de urgencia o peligro en la demora.

No obstante, si la incautación ya se hubiera realizado en el proceso penal y este concluyese por extinción de la acción penal o por sobreseimiento, o también por sentencia absolutoria, sin haberse desvirtuado la calidad decomisible de los bienes o activos incautados, o incluso, cuando se condena al procesado pero no se resuelve el extremo del decomiso, la incautación mantendrá su eficacia hasta que el Juez de Pérdida de Dominio disponga lo pertinente, tal como lo establece el artículo 12°.5 de la Ley de Pérdida de Dominio.

En conclusión, la incautación puede solicitarse, disponerse (ordenarse) o ejecutarse, en las diligencias previas, en la investigación preparatoria y en la etapa intermedia del proceso penal seguido conforme al nuevo Código Procesal Penal; asimismo, en este proceso también puede ejecutarse en el propio juicio oral, si es que ya ha sido solicitada y ordenada en la investigación preparatoria o en la etapa intermedia. En este caso, las autoridades que pueden ejecutarla son la Policía y el Fiscal por iniciativa propia en casos de urgencia, en cuyo caso el Fiscal solicitará la confirmación al Juez de la Investigación Preparatoria; en estos supuestos el propio Fiscal puede disponerla u ordenarla y la Policía ejecutarla. No obstante, en general u ordinariamente, la autoridad que la dispone o confirma es el Juez de la Investigación Preparatoria.

En los casos de procesos conforme al Código de Procedimientos Penales igualmente, es la Policía y el Fiscal quienes la ejecutan (el Fiscal también puede disponerla) en casos de urgencia, en las investigaciones preliminares, solicitando la confirmatoria por parte del Juez Especializado en lo Penal (el antiguamente llamado Juez Instructor); y será el Juez Especializado en lo Penal quien lo disponga u ordene, pudiendo también, en este tipo de procesos, ejecutarla el propio Juez durante la etapa de la instrucción.

Ahora bien, si se tratara de un proceso de Pérdida de Dominio, la incautación se solicita, dispone y ejecuta en la investigación preliminar prevista en el artículo 13°.1 de la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. N° 1104); podrá ejecutarla la propia Policía por propia iniciativa en casos de suma urgencia, poniendo de inmediato en conocimiento del Fiscal; asimismo, podrá ejecutarla o disponerla el Fiscal en casos de urgencia en que no se pueda solicitar, de inmediato, que la disponga el Juez; y claro, el Fiscal también podrá solicitarla al Juez y ejecutar la incautación con la autorización judicial. Si por alguna razón no se hubiera ejecutado la incautación, pero esta ya estuviese ordenada, podrá materializarse inclusive cuando ya se ha dictado el auto admisorio de la demanda de Pérdida de Dominio, ejecutándola siempre el Fiscal conjuntamente con la Policía, dando cuenta al Juez de la Pérdida de Dominio. Incluso, puede presentarse el caso en que aun cuando no se hubiese ordenado la incautación en la investigación preliminar, se solicite y autorice durante la actuación judicial¹⁷².

¹⁷² Al respecto, ver mayor información en GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier: *“La acción de extinción de dominio*. 2ª Edición, Jurista Editores, Lima, 2013.

Para concluir este punto, es necesario precisar que también puede realizarse la incautación en un proceso por faltas seguido ante el Juez de Paz. Asimismo, se discute si en el marco de la investigación de un delito, las autoridades administrativas pueden realizar la incautación, tal como lo venía haciendo la SUNAT, INDECOPI, INRENA, DIGESA, etc. en aplicación de los artículos 13° y 35° de la Ley de Delitos Aduaneros N° 28008, modificado por el Decreto Legislativo N° 1111 y demás normas relativas al funcionamiento y competencia de las otras entidades anotadas; pues, tal como lo establece el artículo 316° del Código Procesal Penal, serán el Fiscal y la Policía los competentes para realizar la incautación; pues solo de esta manera las actas de incautación, como pruebas preconstituidas, podrán ser incorporadas válidamente al proceso con todos los efectos que ello implica. Queda a salvo, no obstante, la facultad de autoridades o entidades administrativas para intervenir previamente a la actuación fiscal, y una vez encontrados o descubiertos los efectos o ganancias del delito, pueden dar cuenta de inmediato al Fiscal, o excepcionalmente a la Policía, para que estos concreten la disposición y ejecución de la incautación y demás diligencias pertinentes, tal como lo establece la Décimo Primera Disposición Complementaria de la ley de Delitos Aduaneros, Ley N° 28008, modificada por el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1122, del 16 de julio del 2012.

No obstante, es necesario precisar que en el ámbito administrativo, SUNAT, INDECOPI, INRENA, DIGESA o las respectivas municipalidades, en cuanto tienen la facultad de realizar el decomiso administrativo, previamente a ello pueden disponer y ejecutar la incautación de bienes y activos sujetos a los procedimientos propios de sus respectivas competencias.

2.7. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA INCAUTACIÓN

Como ya se indicó, conforme al artículo 316° del Código Procesal Penal, la incautación se solicita, dispone y ejecuta durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público directamente cuando se trate de casos de urgencia o peligro en la demora, o mediante requerimiento por parte del Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria; este requerimiento deberá sustentarse en indicios de criminalidad mínimos y reunir los elementos de convicción necesarios que lleven a la presunción fundada de que los bienes cuya incautación se solicita, efectivamente, constituyen objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, o los otros bienes sujetos a decomiso conforme a ley (Decreto Legislativo N° 1104). Los elementos de convicción que deben acompañarse a la solicitud serán los recabados directamente por el Fiscal o los aportados por las partes en la investigación, sin que se requiera de elementos de convicción necesariamente aprobados por el Juez¹⁷³; puesto que la autoridad competente para acopiar elementos de convicción en la investigación de un delito, en el modelo penal acusatorio, es el Fiscal; y mientras no se cuestione

¹⁷³ En tal sentido, no resulta de aplicación lo dispuesto por el **ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116**, del 16 de noviembre del 2010, que en su FJ N° 14 establece que: *“Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación”*.

dicho acopio de evidencias, prima la presunción de licitud de las actuaciones fiscales; sobre todo, si se tiene en cuenta que el fiscal está obligado a realizar actos de investigación, no solo en contra del imputado, sino también a favor de este, siendo su actuación objetiva y no necesariamente orientada a la acreditación de la responsabilidad del agente o a acreditar su pretensión de decomiso o cualquier otra.

Asimismo, también podrá solicitarse, disponerse y ejecutarse la incautación en la etapa intermedia del proceso, o también ejecutarse en el propio juicio oral cuando ya se haya solicitado y ordenado en la investigación preparatoria o en la etapa intermedia.

Como ya se indicó, si se tratara de un proceso de Pérdida de Dominio, la incautación se solicita, dispone y ejecuta en la investigación preliminar prevista en el artículo 13°.1 de la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. N° 1104); a la vez que si ya está ordenada, podrá materializarse en el marco de las actuaciones judiciales, esto es, luego de dictado el auto admisorio de la demanda de Pérdida de Dominio.

El Juez no podrá disponer la incautación de oficio, pues, se requiere en todos los casos, el requerimiento del Fiscal, quien a su vez podrá actuar de oficio o a instancia del Procurador Público. La resolución que la disponga debe contener los fundamentos por los cuales se dispone la incautación, pudiendo llegar hasta disponer el descerraje cuando sea necesario para concretarla en lugares cerrados o privados. Sin embargo, en casos de urgencia, no será necesaria la autorización del Juez, y será el Fiscal quien la disponga o ejecute; pudiendo ser la propia Policía, quien por propia iniciativa o, por disposición del Fiscal, realice la incautación dando cuenta de inmediato al Fiscal, quien a su vez solicitará la confirmación por parte del Juez.

La incautación se ejecuta aprehendiendo o tomando en custodia los bienes muebles, y si fuera posible se *inscribirá* la medida en el registro correspondiente. Si se tratase de bienes inmuebles o de derechos sobre aquellos, adicionalmente a su ocupación, se procederá de manera que dicha medida se anote en el registro respectivo, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva. Igualmente, si se tratase de títulos valores u otro tipo de derechos, se concretará la incautación tomando en custodia dichos títulos o inscribiendo la medida en los registros correspondientes, de tal suerte que el supuesto titular no pueda disponer de ellos ni gravarlos o enajenarlos. Si se tratase de cuentas o dinero en entidades bancarias o financieras, la medida se concretará disponiendo su inmovilización en la propia entidad; en estos casos, más que incautación se habla de *bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias*, que tiene un tratamiento específico.

En la solicitud y resolución por la cual se dispone la incautación se deben consignar con exactitud y debidamente individualizados los bienes materia de la medida, así como el lugar donde se encuentran, en poder que quien están y demás condiciones que resulten relevantes; asimismo, se levantará el acta de ejecución correspondiente, detallándose los aspectos a los que se ha hecho referencia y los demás que resultaran pertinentes; estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones. El acta de ejecución de la medida será firmada por todos los participantes en la diligencia, especialmente los afectados con la medida, de quienes se debe consignar su dicho, de ser el caso.

2.8. CONFIRMACIÓN JUDICIAL DE LA INCATUACIÓN

Como se ha señalado con anterioridad, en principio, la incautación debe disponerla u ordenarla el Juez, sea de la investigación preparatoria o el Juez que conoce la acción de pérdida de dominio. Pues, la incautación implica una injerencia en el ámbito de los derechos patrimoniales del afectado, particularmente de su derecho de propiedad; ya que para imponerse la medida solo se requiere de elementos de convicción mínimos respecto a que los bienes o activos incautados configuran objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, no habiéndose descartado de modo cierto y definitivo que sobre dichos bienes o activos el afectado pueda tener derecho de propiedad. Y claro, la realización de la incautación, en este caso, configuraría una verdadera injerencia a los derechos patrimoniales del afectado; injerencia que para ser legítima solo puede realizarla el juez.

Sin embargo, como sabemos, en casos de urgencia puede disponer o ejecutar la incautación el Fiscal; inclusive, puede ejecutarla la Policía, por propia iniciativa o por disposición del Fiscal; todos estos casos se tratan de supuestos de urgencia o de peligro en la demora (particularmente, casos de flagrante delito), en los que de no realizarse la incautación se correría el riesgo fundado de que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito puedan desaparecer tornándose imposible la realización posterior de la incautación, sea porque el agente puede transferirlos a favor de terceros de modo definitivo (tercero de buena fe y título oneroso), o porque puede ocultarlos, destruirlos o consumirlos¹⁷⁴.

En estos últimos supuestos, necesariamente se requiere que el Juez evalúe la decisión, sea para confirmarla o dejarla sin efecto. Debe quedar claro que la confirmación resulta indispensable, puesto que se trata de una injerencia significativa en contra de los posibles derechos reales del afectado, lo cual solo puede ser realizado por el Juez. Pues, mientras se mantiene la incautación se pone en tela de juicio todo derecho de propiedad del afectado sobre el bien incautado, es por ello, que este es desposeído, a la vez que no puede realizar actos de disposición o de gravamen; tanto más, cuando se inscribe la medida en los correspondientes registros públicos.

No obstante, el hecho que la incautación dispuesta por el Fiscal o por la Policía no sea confirmada oportunamente por el Juez, *no acarrea la nulidad de la medida*, puesto que ello significaría descartar la posibilidad del decomiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito, y por tanto el tácito reconocimiento de derechos reales sobre estos al agente del delito, lo cual sería absolutamente contraproducente e implicaría una decisión auspiciosa de la comisión

¹⁷⁴ VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: (Juez de Paz con funciones de Juzgado de Investigación Preparatoria de Madre de Dios, sin fundamento alguno, aduce que por “ (...) principio constitucional se requiere que el Juez haga el control de legalidad *ex ante* justamente para prevenir y evitar arbitrariedades, que, ejecutadas, difícilmente podrán ser resarcidas, incluso siendo rechazadas luego por el Juez”. “*El plazo de apelación de la incautación y la eficacia de la prueba obtenida por medio de incautación confirmada extemporáneamente*”. En Gaceta Penal y Procesal Penal, N° 20, Lima, febrero del 2011, p. 236. Con lo que abona porque la incautación solo debiera ser autorizada por el Juez, restándole eficacia en los demás casos; criterio que obviamente no compartimos. Tanto más, si este autor también maneja los mismos criterios (a nuestro juicio, errados) que se manejan en el Acuerdo Plenario sobre la incautación y contenidos en la norma procesal penal, cuya confusión y errores describiremos más adelante.

del delito, a la vez que significaría la legalización del producto del delito, en abierta contradicción con los criterios de proscribir este tipo de acciones a través de la persecución de los delitos de lavado de activos. Pues, se presume que la incautación se ha realizado porque existen indicios suficientes de que los bienes o activos afectados, efectivamente, constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, respecto de los cuales el afectado no ostentaría derecho real alguno, por lo que nada justificaría que se le haga entrega de bienes o activos que no le pertenece, solo porque se ha incumplido una exigencia formal que de ningún modo puede favorecerlo con el reconocimiento y otorgamiento de derechos reales inexistentes.

Es por ello que el propio Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 estipula que “... *la confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, solo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial -al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación- no determina irremediamente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación -sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad -requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes-*”.

De otro lado, se discute en qué plazo debe solicitar el Fiscal la confirmación de la incautación, cuando esta ya ha sido realizada por el Fiscal o por la Policía; sosteniéndose que debe ser de inmediato. Pero se ha trasladado la discusión a qué se debe entender por “de inmediato o inmediateamente”; al respecto el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 5-2010/CJ-116. 16/11/2010 (FJ. N° 13) refiere que “... *esto significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad*”; lo cual nos parece razonable.

No obstante, el Acuerdo Plenario en cuestión, aduce que se puede negar todo efecto probatorio a los activos o elementos incautados, con lo cual nuevamente confunde la incautación con el secuestro. Al respecto también VÁSQUEZ RODRÍGUEZ incurre en la misma confusión y desarrolla una serie de argumentos que consideramos innecesarios¹⁷⁵; o que en todo caso, resultarían útiles para evaluar el efecto probatorio del secuestro dentro del proceso penal. Pues como venimos sosteniendo, la incautación no tiene como funciones o fundamentos contribuir al esclarecimiento de los hechos, sino que constituye una medida cautelar para asegurar el decomiso que finalmente se disponga en la sentencia.

2.9. PROVISIONALIDAD Y REEXAMEN DE LA INCAUTACIÓN

¹⁷⁵ VÁSQUEZ RODRÍGUEZ: *Ob. Cit.* pp. 231 y ss,

La incautación es una medida cautelar, por lo que está sujeta a la provisionalidad, temporalidad o variabilidad; en tal sentido, para mantenerse se tiene que verificar que se mantengan los presupuestos que determinaron su solicitud, disposición y ejecución; ello implica que está sujeta a la reevaluación o examen constante. En este sentido el artículo 319° del Código Procesal penal, establece que si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida, esta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado. La referida norma procesal inclusive admite que las personas que se consideren propietarios de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, puedan solicitar el levantamiento de la incautación. La decisión que tomará el Juez será previa audiencia de reexamen, mediante resolución apelable¹⁷⁶.

Por su parte el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, al que estamos refiriéndonos, estipula “... que el afectado por la medida de incautación, que tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación”.

Asimismo, dicho Acuerdo Plenario establece que “... el tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319°.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que solo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -no la que puede aportar con posterioridad a la incautación- puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando esta se decretó o efectivizó”.

2.10. PÉRDIDA DE EFICACIA DE LA INCAUTACIÓN

De otro lado, el artículo 320° del referido cuerpo normativo refiere que dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata. Aun cuando este artículo, con toda claridad, establece que la entrega será de inmediato y sin trámite alguno, lo que llevaría a pensar que, dictada la absolución, el sobreseimiento o el archivo, procede la devolución, aún en caso de que se haya apelado la sentencia o auto respectivo, creemos que ello debe interpretarse en armonía con el artículo 494°.2 del Código, que establece que se procederá a la entrega una vez que quede firme la resolución autoritativa; salvo los casos en que mantener la incautación podría causar un daño irreparable, en cuyo supuesto el Juez determinará la razonabilidad de la entrega. Esta interpretación es congruente con las demás medidas cautelares reales en que siempre se

¹⁷⁶ La doctrina nacional también es consecuente con la provisionalidad de la incautación y admite el reexamen, como puede verse en SAN MARTÍN CASTRO: *Ob. Cit.* p. 882.

exige, para levantar la medida, una resolución firme; asimismo, resulta concordante con lo dispuesto por el artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros, Ley N° 28008, modificado por el Decreto Legislativo N° 1111, que refiriéndose a la incautación dictada en los procesos por delitos aduaneros, establece que: *“Queda prohibido, bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros”*.

De otro lado, la restitución será rechazada, si es que a pedido de alguna de las partes legitimadas, los bienes afectados deban afectarse en garantía del pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas procesales. Pues, como se sabe, se devuelven los bienes o activos incautados, no necesariamente porque se haya absuelto al afectado con la incautación, sino porque, pese a ser condenado y quedar obligado al pago de la reparación civil, al pago de la multa o de las costas procesales, se ha determinado que los bienes incautados no configuran objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito y por tanto no serán materia de decomiso; en tal caso, se solicitará que se embarguen los bienes incautados o que directamente sean rematados para cubrir dichas responsabilidades.

Asimismo, tampoco procederá la devolución si se determina que los bienes incautados son intrínsecamente delictivos, o el reconocimiento de derechos reales sobre los mismos está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos y el que debiera recibirlos no ha cumplido con tales requisitos; en cuyo caso pese a la absolución del procesado, los bienes serán destruidos o pasarán a propiedad del Estado, como en el caso de la incautación de armas de fuego. Aun cuando en muchos de estos casos, la medida que normalmente se traba sobre estos bienes será directamente el decomiso y no la incautación, sin embargo, no se descartan casos excepcionales.

De otro lado, también es necesario tener en cuenta las razones por las que se ha absuelto al sujeto afectado con la incautación, puesto que puede tratarse de una absolución por supuestos de inculpabilidad, de excusas absolutorias o de condiciones objetivas de punibilidad; en estos casos, aun en los supuestos de absolución o sobreseimiento, se puede dictar el decomiso, puesto que para que este opere, es suficiente con que se trate de un hecho típico y antijurídico y que los bienes incautados constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, o inclusive los otros tipos de bienes y activos sujetos a decomiso. Incluso, puede presentarse el caso en que se absuelva al imputado porque se ha acreditado que no participó en el delito, sin embargo, no se han desvinculado los bienes de la comisión del delito, esto es, no se ha desvirtuado su condición de instrumentos, efectos o ganancias del delito. Consecuentemente, no resulta exacta una interpretación literal de la norma en el sentido que ante la sentencia absolutoria o el sobreseimiento, necesariamente se produce la devolución de los bienes incautados.

Finalmente, es necesario precisar que si al finalizar el proceso, sea con sentencia absolutoria, con un sobreseimiento o mediante cualquier mecanismo de terminación temprana, sin poder expedir una decisión definitiva sobre la procedencia o improcedencia del decomiso, puede mantenerse la eficacia de la incautación hasta que se defina la situación de los bienes o activos en el correspondiente proceso de privación de dominio, conforme a la Ley de Pérdida de

Dominio, Decreto Legislativo N° 1104, tal como lo dispone es artículo 12°.5 de dicho Decreto Legislativo.

2.11. DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES INCAUTADOS

El artículo 318° del Código Procesal Penal dispone que “... *si no peligran los fines de aseguramiento que justifican la adopción de la medida de incautación, los bienes o derechos incautados pueden ser: a) Devueltos al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor; o, b) Entregado provisionalmente al afectado, bajo reserva de una reversión en todo momento, para continuar utilizándolo provisionalmente hasta la conclusión del proceso. En el primer supuesto, el importe depositado ocupa el lugar del bien; y, en el segundo, la medida requerirá que el afectado presente caución, garantía real o cumpla determinadas condiciones.*”

En estos casos, resulta discutible la corrección o conveniencia de la **devolución**, puesto que con ello entraría en cuestionamiento la propia naturaleza y finalidad de la incautación; ya que, como hemos dicho, la incautación se concreta únicamente si existen indicios razonables de que los bienes o activos incautados, efectivamente, constituyen instrumentos, efectos o ganancias del delito, y si estos presupuestos permanecen, necesariamente tiene que mantenerse la incautación para asegurar el decomiso de los mismos, sin que sea razonable o conforme a derecho proceder a su devolución o entrega, en tanto sea posible disponer el decomiso en la sentencia.

En tal sentido tampoco resulta adecuado hablar de una entrega a cambio del depósito de su valor o de entregar el bien incautado, bajo reserva de una reversión, para continuar utilizándolo hasta la conclusión del proceso prestando una caución o garantía, como estipula el citado artículo del Código Procesal Penal. Como puede apreciarse, esta disposición del Código solo se explica en la medida en que en dicho cuerpo legal se confunde la incautación con el secuestro. Pues, solo en esta última medida es posible el uso del bien afectado para utilizarlo con fines de investigación o esclarecimiento de los hechos, mas no así en la incautación, que lo único que busca es asegurar el decomiso; a la vez que solo en el caso del secuestro se puede entregar el bien afectado condicionando la entrega a la presentación del mismo si fuera requerido por la autoridad competente; lo cual no tendría sentido en el caso de bienes incautados.

Similar criterio se establece en el artículo 222° del Código Procesal Penal, el que realmente está referido al secuestro y no a la incautación, aun cuando por la confusión de conceptos que hemos señalado, se utiliza el término “incautación” en lugar de secuestro; en efecto, en este artículo se señala: “*El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieran ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. (...) Si el Fiscal no accede a la devolución o entrega, el afectado podrá instar, dentro del tercer día, la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria*”. Con lo que queda claro que estas ideas son desarrolladas para el secuestro, mas no para la incautación como erradamente se considera en el Código.

Y claro, si se hubiera desvirtuado todo indicio de que los bienes pudiesen constituir efectos o ganancias del delito, como en toda medida cautelar, se procederá al levantamiento de la incautación de modo inmediato, a solicitud del Ministerio Público o del interesado, tal como lo estipula el artículo 319° del Código Procesal Penal; ello será más urgente si se determina que el bien afectado con la incautación pertenece a un tercero no imputado de la comisión del delito. Para la devolución de los bienes o activos, en estos caso, no se requiere el otorgamiento de una caución o un depósito, como lo exige el literal a) del numeral 3 del referido artículo, simplemente se procederá a la entrega sin condición o requisito alguno. En este último caso (cuando el bien pertenece a tercero), se autorizará la participación de dicho tercero en el proceso (participante de la incautación como refiere el Código).

Finalmente, en cuanto a la devolución de los bienes incautados también es necesario tener en cuenta el artículo 13° de la Ley N° 28008, modificado por el Decreto Legislativo N° 1111 que establece la prohibición de disponer la entrega o devolución de los bienes incautados en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros; prohibición que según la norma, alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declara que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia.

En este caso hay que diferenciar dos supuestos, el primero, referido a los casos en que nos encontramos ante una investigación preparatoria conforme al nuevo Código Procesal penal, en cuyo caso, no cabe duda que tiene que ser el Juez de la investigación preparatoria, quien deba levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues, la investigación, como primera etapa del proceso, ya tiene un control jurisdiccional. El segundo supuesto, referido a los casos en que nos encontramos ante una investigación preliminar, sea conforme al nuevo Código Procesal Penal o con el sistema procesal antiguo, y si en este estado, el Fiscal, luego de haber trabado la incautación decide archivar el caso, el Juez no tiene ninguna ingerencia, lo único que queda es interponer el recurso de queja correspondiente ante al Fiscal Superior, y si este aprueba la decisión del Fiscal Provincial, el procedimiento habrá concluido, generando en muchos casos la llamada cosa decidida (cuando se concluye que el hecho no es configurativo de delito o no es justiciable penalmente)¹⁷⁷. Como puede verse en este último supuesto, resulta excesivo el contenido del artículo 13° de la Ley 28008, en cuanto estipula que el Fiscal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, puesto que en estos casos, el Fiscal es la única autoridad competente para resolver lo conveniente al respecto, no resultando conforme a la Constitución esta disposición de la Ley anotada en cuanto pretende otorgar facultades a la Administración Aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la investigación del delito que solo son de competencia del Ministerio Público y de los jueces. En tal sentido, consideramos que este párrafo de la Ley en cuestión no resulta aplicable por ser inconstitucional. En todo caso, el afectado tendrá siempre la protección de los procesos de garantía, quedando los funcionarios de la Administración Aduanera sujetos a las responsabilidades correspondientes.

¹⁷⁷ Obviamente nos referimos a casos en que la incautación, por cualquier razón, no haya sido confirmada por el Juez, puesto que de ser así, solo este podrá levantarla y disponer la devolución de los bienes. Al respecto ver amplia información en nuestro trabajo: *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*. **Jurista** Editores, Lima, 2012, pp. 937 y ss.

Es necesario precisar finalmente que, si en la sentencia se dispone el decomiso de bienes o efectos que no han sido materia de incautación durante el proceso, el juez de la investigación preparatoria (o el Juez en general, según sea el caso), dispondrá la **aprehensión** del bien o activo (artículo 494°.1 del Código Procesal Penal), procediendo a entregarla a la entidad que conforme a ley o a los reglamentos corresponda. Igualmente, si durante el proceso se advirtiera suficientes elementos de convicción respecto a la existencia de instrumentos, efectos o ganancias del delito sujetos al decomiso, que no han sido incautados, se comunicará al Fiscal respectivo a fin de que se inicie la correspondiente acción de **pérdida de dominio**. Igualmente, si no se hubiese descartado la calidad de instrumentos, efectos o ganancias del delito de los bienes incautados, pero en la sentencia no se ha podido disponer su decomiso, se procederá a ejercitar la acción de pérdida de dominio, manteniéndose la incautación hasta que el Juez de la Pérdida de dominio disponga lo pertinente.

2.12. ADMINISTRACIÓN Y CUSTODIA DE BIENES INCAUTADOS (¿CADENA DE CUSTODIA?)

Al ser afectados los bienes y activos con la medida de incautación, se requiere asegurar las condiciones para evitar su deterioro, alteración, destrucción o riesgos de pérdidas, y en general para asegurar su conservación para su devolución a su titular o para los fines pertinentes luego que se disponga su decomiso. Para ello se requiere de un órgano encargado de su administración y custodia.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo N° 1106 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 093-2012-PCM, del 8 de setiembre del 2012, así como de la modificación de la Ley de Delitos Aduaneros, Ley N° 28008, por el Decreto Legislativo N° 1111, los órganos encargados de la administración, custodia, remate y adjudicación de los bienes incautados eran diversos, lo que no generaba condiciones adecuadas para una debida administración y custodia de los bienes y activos incautados.

En efecto, se había creado el Fondo de Pérdida de Dominio (FONDEP), para la custodia, seguridad, conservación, administración y disposición de los bienes sujetos al proceso de pérdida de dominio. Asimismo, se había creado la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (OFECOD) para administrar y controlar los bienes muebles e inmuebles incautados en los procesos por delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Igualmente, se había creado el Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado (FEDADOI), encargado de recibir y disponer del dinero proveniente de actividades ilícitas en agravio del Estado, vinculadas con los supuestos previstos en las Leyes N° 27378, y N° 27379 referida a la administración del llamado dinero mal habido¹⁷⁸. También se creó la Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados (COMABID), encargada, entre otros, de administrar, custodiar y conservar los bienes incautados y decomisados puestos a disposición del Ministerio de Justicia de conformidad a lo previsto en el artículo 401°-B del Código Penal. En el mismo sentido, la Administración

¹⁷⁸ Conforme a la Ley N° 28476 se entiende por “dinero mal habido” el dinero constitutivo de fondos públicos, de cualquier índole y origen, sobre el que ha recaído la conducta delictiva en perjuicio del Estado, así como todo aquel de origen u obtenido como producto de la actividad delictiva, o que haya servido para la perpetración de la conducta delictiva. En suma, serán materia de administración de dicho fondo el dinero que constituye objeto, efectos, ganancias o instrumentos de delitos en agravio del Estado.

Aduanera, conforme al artículo 13° de la Ley N° 28008, en los delitos aduaneros, quedaba encargada de custodiar las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyen objeto del delito, cuya incautación era dictada en un proceso o investigación por delito aduanero. Asimismo, los bienes incautados relacionados con los delitos de terrorismo, eran administrados y custodiados provisionalmente por la Superintendencia de Bienes Nacionales, de conformidad con lo previsto en la cuarta disposición complementaria del Decreto Legislativo N° 922-2003.

Finalmente, el artículo 220°.5 del Código Procesal Penal, establece que “*la Fiscalía de la Nación, a fin de garantizar la autenticidad de lo incautado, dictará el Reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia, así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados*”. Así también el artículo 318° prevé que la Fiscalía de la Nación dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para garantizar la corrección y eficacia de la diligencia de incautación, así como para determinar el lugar de custodia y las reglas de administración de los bienes incautados. Con ello, se atribuye al Ministerio Público la titularidad de la cadena de custodia de los bienes incautados en todos los delitos.

Esta pluralidad de organismos encargados de la administración y custodia de los bienes incautados han generado cierto caos en el manejo de los bienes incautados, ante ello, la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo N° 1104, del 18 de abril del 2012, ha creado la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, para la administración y custodia bienes y activos incautados. Precisándose que esta entidad administrará los bienes incautados, no solo referidos a la pérdida de dominio, sin en general a la incautación realizada en la investigación y procesamiento de todo tipo de delitos.

La CONABI está conformada por un Consejo Directivo integrado por: a) Un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, quien la preside; b) Un representante del Poder Judicial; c) Un representante del Ministerio Público; d) Un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; e) Un representante del Ministerio del Interior; f) Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas; g) Un representante del Ministerio de Defensa; y, h) Un representante del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. Asimismo, cuenta con una Secretaría Ejecutiva responsable de las tareas propias de su competencia.

Las funciones de la CONABI son: a) Recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, asignar en uso, disponer la venta o arrendamiento en subasta pública y efectuar todo acto de disposición legalmente permitido de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. b) Organizar y administrar el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI, que contiene la relación detallada de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. c) Solicitar y recibir de la autoridad policial, fiscal y judicial la información sobre los bienes incautados y decomisados. d) Designar, cuando corresponda, administradores, interventores, depositarios o terceros especializados para la custodia y conservación de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. e) Disponer, de manera provisoria o definitiva, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados, así como subastar y administrar los mismos. f) Dictar las medidas que deben cumplir las entidades del sector público para el correcto mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. g) Conducir, directa o indirectamente, cuando corresponda, las subastas públicas de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, que sean

incautados o decomisados. h) Disponer, al concluir el proceso o antes de su finalización y previa tasación, que los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, incautados o decomisados, sean asignados en uso al servicio oficial de las distintas entidades del Estado, así como de entidades privadas sin fines de lucro. i) Disponer el destino de los recursos producto de las subastas públicas. j) Suscribir los convenios de administración de objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, con entidades públicas y privadas. k) Proponer el presupuesto de la CONABI y los recursos destinados al mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

Para concretar la administración y custodia de los bienes y activos incautados por CONABI, la Policía Nacional del Perú, el Fiscal, el Juez o la autoridad correspondiente, informarán a la CONABI inmediatamente de producida la incautación o decomiso para su registro y demás funciones a cargo de esta entidad.

En los casos en que los bienes incautados o decomisados fuesen: a) peligrosos o dañinos para la seguridad pública; b) hayan servido, sirvan o sean objeto para la comisión de ilícitos penales; c) generen perjuicio a derechos de terceros; o, d) sean nocivos a bienes jurídicos protegidos, podrán ser destruidos o inutilizados por la Policía Nacional del Perú o la autoridad competente, en el lugar en que se encuentren o en un lugar en que no se genere riesgo a terceros. En estos supuestos, si el bien destruido pudiese resultar útil para el esclarecimiento de los hechos, el representante del Ministerio Público, levantará el acta de constatación respectiva, con los medios de prueba idóneos, pudiendo ser estos fílmicos o fotográficos. Excepcionalmente, en los casos de inminente peligro o daño irreparable que pueda significar la existencia de los objetos señalados en el párrafo anterior, se faculta a la Policía Nacional del Perú o la autoridad competente a su destrucción o inutilización dando cuenta inmediata al Ministerio Público, levantando el acta respectiva.

En el caso de que se tratase de *drogas ilegales, estupefacientes o sustancias psicotrópicas* la Policía Nacional será la encargada de la custodia para su oportuna y eficaz destrucción; para tales efectos, informará a la CONABI de manera inmediata acerca de las incautaciones o decomisos realizados y la destrucción a la que hubiere lugar.

En el caso que se trate de *insumos químicos*, sea que estos puedan usarse para la minería ilegal, para la producción de drogas o para la comisión de cualquier otro delito, la encargada de la incautación o decomiso, de la administración, destrucción o disposición de los bienes incautados, será la SUNAT. Se asume que por la incautación o decomiso, se adjudica dichos insumos al Estado, tal como lo estipula el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1103. Aun cuando este criterio resulta adecuado para el caso de decomiso de estos insumos, consideramos que no resulta adecuado para el caso de la simple incautación, puesto que en este caso, aun se desconoce si quedan los bienes definitivamente en poder del Estado (el que puede disponer su adjudicación, destrucción, etc.) o se tiene que devolver a sus detentadores, una vez que se determina su posesión lícita¹⁷⁹.

Igualmente, en cuanto a la custodia y conservación de la *joyas, valores o bienes similares* (dinero, o títulos con cierto grado de liquidez -recursos financieros-) si bien estarán a cargo de

¹⁷⁹ CONABI, para llevar adelante sus funciones y optimizar su actuación, ha dictado su Reglamento (el mismo que aparece como Reglamento del Decreto Ley N° 1104), mediante DECRETO SUPREMO N° 093-2012-PCM, del 8 de setiembre del 2012.

CONABI, necesariamente serán administrados por entidades financieras del sector público o privado con las cuales CONABI deberá suscribir los convenios correspondientes; tal como lo estipula el Artículo 29° del Reglamento de la Ley de Pérdida de Dominio, DECRETO SUPREMO N° 093-2012-PCM. Con ello cambian los criterios mantenidos en la legislación anterior, que establecía que en estos casos, las joyas y recursos financieros, debían ser depositados necesariamente en el Banco de la Nación.

Es necesario precisar que estas facultades concedidas a CONABI, resultan aplicables únicamente para la incautación de bienes y activos, mas no así para los *casos de secuestro* de bienes, cuya cadena de custodia necesariamente deberá quedar en manos del Ministerio Público, como veremos más adelante. Resulta necesaria tal aclaración, puesto que el Código Procesal Penal, equivocadamente, habla de incautación tanto para referirse al secuestro así como para la incautación propiamente dicha.

Asimismo, es necesario señalar que en cuanto a las facultades concedidas a la CONABI contenidas en el Decreto Legislativo N° 1104, aun cuando en general, nos parece adecuado, ya que se necesita un tratamiento uniforme y unitario respecto a los bienes incautados, en la norma se incurre en algunos errores graves que deben ser subsanados. Así, la norma pareciera conceder todas las facultades a CONABI, solo para los casos en que se trata de incautación o decomiso realizados en la investigación o procesos por delitos en agravio del Estado, más no así cuando se trata de incautaciones realizadas por delitos en agravio de particulares; con lo que pareciera que se maneja el criterio de que solo en estos casos el Estado adquirirá la titularidad de los bienes incautados; lo cual es un error, puesto que la incautación es una medida cautelara para asegurar el decomiso, y en todos los casos de decomiso (sin interesar quién es el agraviado) el Estado adquiere la titularidad de los bienes incautados. Por ello, consideramos desacertada la frase “en agravio del Estado”, que se añade en varias de las facultades reconocidas a CONABI.

Igualmente, pareciera que al establecer las facultades de CONABI, desde el momento en que se traba la incautación se considera que el Estado ya es el titular de los bienes o activos y puede disponer libremente de ellos; lo cual también es un error, puesto que como sabemos, la incautación es una medida cautelar para asegurar el decomiso, y de ella no puede surgir derecho real alguno; solo una vez que se dispone el decomiso, a través de resolución firme, el Estado tiene la titularidad de los bienes afectados y puede darle el uso o disponer del modo que estime conveniente. Disponer de los bienes desde el momento en que son incautados implicaría afectar el derecho constitucional de propiedad, y por ello la actuación sería inconstitucional y arbitraria. Salvo claro está que se trate de bienes intrínsecamente delictivos o de bienes respecto de los cuales no se reconoce derechos reales a los particulares, en cuyo caso no habrá posibilidad de afectar derecho real alguno; pero en estos casos, no estaremos frente a bienes incautados, sino propiamente ante bienes decomisados; pues, tal como lo hemos visto en el capítulo correspondiente al decomiso, en estos casos, no opera la incautación, sino directamente el decomiso. En tal sentido, debemos entender que CONABI puede disponer de los bienes afectados, únicamente cuando se trata de bienes respecto de los cuales no se reconoce derechos reales a los particulares o cuando ya se ha dispuesto el decomiso mediante resolución judicial firme. O en todo caso, cuando se trata de bienes incautados que por su naturaleza o características puedan ser objeto de pérdida o deterioro, así como cuando el valor de su custodia o conservación sea demasiado oneroso; tal como lo establece el numeral 6.2 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104; en estos casos, si finalmente se ordena la

restitución del bien o activo a quien lo detentaba o a quien corresponda, se restituirá el valor del bien más los intereses legales que corresponda.

Claro que las facultades concedidas a CONABI se enmarcan en el contexto de una lucha frontal contra el delito y el interés por privar a los agentes del producto del mismo, sin embargo, ello debe de hacerse de modo legítimo, esto es, respetando el marco constitucional, o en otras palabras, el orden jurídico del Estado Constitucional de Derecho, el mismo que establece límites a la actuación de los órganos o sujetos de la política criminal dotados de potestades para dictar medidas preventivas o de persecución de los hechos antisociales; pues, como se sabe, en el Estado Constitucional de Derecho está proscrita la arbitrariedad y se auspicia la vigencia de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionalmente valiosos, por lo que cualquier actuación arbitraria resulta inconstitucional y por ello mismo inaplicable; quedando en todo caso, sujeta a las acciones o procesos de garantía y a las responsabilidades correspondientes.

De otro lado, si bien se ha establecido que CONABI es la entidad competente para administrar, custodiar y disponer de los bienes incautados (o decomisados) en las investigaciones o procesos por cualquier delito (exceptuándose las drogas o sustancias estupefacientes así como los insumos químicos, que quedan a cargo de la PNP y la SUNAT, respectivamente), respecto a los *delitos tributarios y aduaneros* (sujetos al Decreto Legislativo N° 1053 y la Ley N° 28008 y sus modificatorias -en los cuales se realiza gran cantidad de incautaciones y decomisos-), el propio Decreto Legislativo que crea la CONABI, Decreto Legislativo N° 1104, excluye de la competencia de CONABI a los bienes y activos incautados o decomisados en la investigación y procesamiento de estos delitos. Más aún, el artículo 13° de la Ley N° 28008, modificado por el Decreto Legislativo N° 1111, establece que las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, que sean incautados, serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario.

Finalmente, resulta necesario precisar que mediante Resolución de Fiscalía de la Nación N° 729-2006, se ha aprobado el Reglamento de la Cadena de Custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados. Dicho reglamento, de forma inadecuada, da un mismo tratamiento a los indicios o evidencias recogidos en la escena del delito (por ejemplo las huellas, manchas de sangre, etc., necesarios para la posterior prueba del hecho y del responsable) que a los instrumentos, efectos o ganancias del delito, incautados. Asimismo, reproduce los mismos errores en que incurre el nuevo Código Procesal Penal, al confundir la naturaleza de las medidas cautelares destinadas, de un lado al posterior decomiso de bienes (incautación), y de otro, a la medida de secuestro del material probatorio para la acreditación de los hechos materia de imputación penal, sobre los cuales determinadas personas ostentan titularidad y por ende, después de haberse utilizado deben ser devueltos a sus titulares. Obviamente, aun cuando este Reglamento está pésimamente elaborado, resultará aplicable para los bienes sujetos a la medida de secuestro (realizado con la finalidad de esclarecimiento de los hechos), mas no así para la incautación. No solo porque reproduce los errores contenidos en el Código Procesal Penal, en cuanto confunde la incautación con el secuestro, sino sobre todo, porque los criterios respecto a la cadena de custodia respecto a los bienes o activos incautados, han sido modificados por las nuevas normas como los Decretos Legislativos N° 1104, N° 1111, etc.

2.12. REMATE Y DESTINO DE LOS BIENES INCAUTADOS

Como ya se ha indicado, una vez que se expide la sentencia final, los bienes incautados son decomisados, si es que se determina en el proceso, que constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o que se trata de otros bienes decomisables conforme al artículo 5° de la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo N° 1104. Con el decomiso, la titularidad de los bienes pasa a poder del Estado. En este caso, aplicando los criterios establecidos en la Disposición Complementaria Modificatoria del referido Decreto Legislativo, por el que se modifica el artículo 223 del Código Procesal Penal¹⁸⁰, los bienes o activos incautados (objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, a los que debemos agregar los demás que son materia de decomiso, establecidos por ley) cuya titularidad ha sido declarada a favor del Estado, serán rematados en pública subasta, y el producto del remate será destinado preferentemente a la *lucha contra la minería ilegal, la lucha contra la corrupción y el crimen organizado*¹⁸¹.

No obstante, este no es el único destino que se puede dar a los bienes incautados y finalmente decomisados, puesto que conforme al Decreto Legislativo anotado y su Reglamento, también se pueden adjudicar temporal o definitivamente a instituciones o entidades públicas o privadas dedicadas a fines sociales, o a entidades vinculadas a la administración de Justicia, entre otras, y que cumplan con los requisitos establecidos en el Reglamento. Precisándose que los detalles y pormenores de la adjudicación o el remate se realizará en subasta pública, luego de la cual, conforme a lo dispuesto en el numeral 6.4 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104, cancelado el precio de venta, se levantarán todos los gravámenes, cargas, medidas cautelares y demás actos que pesen sobre el bien, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención de acreedores garantizados con dicho bien. El Registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad. La CONABI gestionará la transferencia y levantamiento ante cualquier entidad registral a nivel nacional. Tratándose de la venta de bienes que garanticen obligaciones de terceros, se deberá considerar los derechos reales de garantía inscritos sobre los mismos, evaluando el pago de tales créditos de conformidad con lo establecido por la Comisión.

De otro lado, es necesario aclarar que el Decreto Legislativo N° 1104, que establece el destino de los bienes y activos incautados o decomisados, no deja sin efecto al artículo 223° del Código Procesal Penal, el mismo que señala que el producto del remate de los bienes incautados son depositados en el Banco de la Nación a la orden del Ministerio Público o del Poder Judicial,

¹⁸⁰ Es necesario tener en cuenta sin embargo, que el contenido del Decreto Legislativo N° 1104, está referido con toda claridad a la incautación, y el artículo 223 del Código Procesal Penal, aunque de modo confuso, está referido solo al secuestro (el que es confundido con la incautación en el referido cuerpo procesal), por lo que no resultaba pertinente realizar tal modificación, puesto que son normas no implicantes y por tanto cada una tenía su propio contenido y su ámbito de aplicación; y claro, ello evidencia que aún se mantienen las confusiones respecto a la incautación y el secuestro, pero confiamos en que ello se aclare finalmente, para ello es que estamos aportando las ideas comprendidas en el presente trabajo.

¹⁸¹ Con anterioridad, conforme a la Ley de Pérdida de Dominio N° 29212, se había establecido que los fondos provenientes de la incautación y decomiso de objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, debía destinarse a la implementación de los penales y la implementación del nuevo Código Procesal Penal; criterios que resultaban aplicables también para el decomiso en general, habida cuenta que la pérdida de dominio no es más que una forma de decomiso realizado fuera del proceso penal; sin embargo, esta situación no resultaba clara, como sí lo está ahora en el Decreto Legislativo N° 1104

según el caso; puesto que este artículo está referido a los bienes materia de secuestro y no a los bienes incautados, como erradamente ha señalado el legislador, y considerando que la nueva normatividad está referida a la incautación mas no al secuestro, la norma del Código Procesal conserva su plena vigencia para los casos de bienes sujetos a la medida de secuestro; debiendo eso sí, interpretarse debidamente su contenido, de tal forma que se descarte comprender a la incautación dentro de, mismo.

En caso de absolución, se entregarán los bienes o derechos a su titular o a quien los detentaba al momento en que se concretó la incautación; tal como lo establece el artículo 494° del Código Procesal Penal, y si se hubiera dispuesto de los bienes incautados o se hubieran enajenado, en razón a las propias características del bien o a la onerosidad de su custodia y administración, se deberá restituir su valor más los intereses legales correspondiente. Y finalmente, si los bienes fueran intrínsecamente delictivos o de ilícito comercio deberán ser destruidos.

2.14. INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS

El Código Procesal Penal se refieren en un amplio desarrollo a la incautación de documentos no privados y documentos privados; sin embargo, del desarrollo del articulado, se advierte claramente que todas las intervenciones o afectaciones vinculados a estos documentos y comunicaciones, están referidos a actuaciones con fines propios de la investigación, y ninguna de estas medidas tiene como finalidad el posterior decomiso de los documentos o comunicaciones afectadas. En tal sentido, se trata propiamente de casos de secuestro, mas no de incautación; aun cuando se trate de documentos o comunicaciones utilizados como medios para cometer el delito, o de documentos fraudulentos que constituyen efectos del delito; pues, lo que se busca con la afectación de dichos documentos, no es el decomiso, con los fines propios de esta institución, sino utilizar su calidad de elemento probatorio o elemento de convicción.

En tal sentido, en general, no tiene relevancia hablar de incautación de documentos públicos o privados; excepto los casos en que se tratara de documentos que pudiesen tener cierto contenido de liquidez por constituir títulos valores o documentos que incorporen dentro de sí un contenido económico (títulos valores, como letras de cambio, cheques, pagarés, Warrants, acciones, etc.), en cuyo caso prosperaría la incautación con fines de decomiso, y estaríamos hablando de incautación de recursos financieros, como veremos más adelante.

2.15. INCAUTACIÓN DE CORRESPONDENCIA Y ENVÍOS POSTALES

Como se sabe, el numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado establece el Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones y Documentos Privados; reconociendo a la persona la facultad, de este modo, de exclusión de toda injerencia de extraños en sus relaciones privadas¹⁸², sean que pertenezcan al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado¹⁸³. En este mismo sentido la Jurisprudencia española “... ha realizado una

¹⁸² CALDERÓN CERESO y CHOCLÁN MONTALVO (2005): ----- pp. 267 y 268.

¹⁸³ Al respecto ver mayor información en: GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y otros: *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos explicativos y críticos*. Jurista Editores, Lima, 2012, pp. -- y ss.

interpretación extensiva de la garantía protectora del secreto de la correspondencia, incluyendo todos los envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal o de entidades que presten este servicio, sean cartas o correspondencia personal, o se trate de otros envíos (paquetes)¹⁸⁴. Por ello, la afectación a la inviolabilidad de las comunicaciones (correspondencia o envíos postales), con fines de investigación o de decomiso, solo será excepcional y procederá únicamente cuando sea indispensable para la investigación de delitos graves.

En general, la afectación de correspondencia o envíos postales, se realizará a través del secuestro, en términos similares a los documentos públicos o privados, como lo hemos indicado líneas antes. Sin embargo, como quiera que también se puede incluir dentro de los envíos postales a ciertos paquetes cuyo contenido puede ser diverso, no se descarta que dentro de estos se remitan instrumentos, objetos, efectos o ganancias del delito o algún otro bien sujeto a decomiso según ley, siendo plenamente posible que dichos elementos u objetos puedan tener valor económico que justifique su posterior decomiso, aun cuando en principio puedan tener una utilidad netamente probatoria o para el esclarecimiento de los hechos. Si ello es así, no hay problema alguno para que estos envíos postales puedan ser materia de *incautación*.

En este caso, como en cualquier tipo de incautación, deberá autorizarla el Juez, salvo supuestos excepcionalísimos en que podría realizarla el Fiscal o la propia Policía, en casos de extrema urgencia; pues al tratarse de una injerencia de cierta significación en el ámbito de lo personal, íntimo o reservado de la persona, en primer lugar debe autorizarse o realizarse la interceptación postal, sea de los envíos del sospechoso o de los que a este se envían; inclusive puede realizarse sobre envíos remitidos a terceros, si es que se tiene la certeza que en realidad estos son remitidos por o al sospechoso a través de tercera persona.

El Código Procesal Penal realiza un amplio desarrollo referido a la incautación de correspondencia y envíos postales, sin embargo, tal como ya lo hemos adelantado, ello está referido fundamentalmente al secuestro con fines de esclarecimiento de los hechos, mas no propiamente a la incautación con fines de decomiso, por ello el tratamiento detallado de esta cuestión la desarrollaremos al tratar el secuestro.

2.16. INCAUTACIÓN DE RECURSOS FINANCIEROS

Tal como ya lo hemos referido con anterioridad, para fundamentar la incautación y el posterior decomiso de bienes o activos, se requiere que estos tengan un valor económico o patrimonial, pues, el fundamento del decomiso del producto del delito es privar al agente del delito de un enriquecimiento indebido a través del delito, solo en el caso de instrumentos o medios del delito, el fundamento es la peligrosidad objetiva, esto es, el peligro de utilización del instrumento en la comisión de nuevos delitos.

La gran mayoría de bienes, obviamente, posee valor económico o patrimonial y por ello no hay problema para disponer su incautación y posterior decomiso; sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce valor patrimonial a ciertos elementos u objetos, a los cuales se los considera portadores en sí mismos de este valor. Así tenemos los títulos valores

¹⁸⁴ MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ (2005): ----- p. 246.

materializados (contenidos en soportes materiales como formatos de papel, etc.) que representan o incorporan derechos patrimoniales, siempre que estén destinados a la circulación y reúnan los requisitos formales esenciales establecidos por la ley, según su naturaleza. Asimismo, también se consideran valores patrimoniales con los mismos efectos de los títulos valores, a aquellos valores desmaterializados representados por su “anotación en cuenta y su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores” (Superintendencia de Banco y de Seguros o la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV), de conformidad con los artículos 1° y 2° de la Ley de títulos Valores N° 27287; en este último caso los valores no aparecen representados o incorporados en soporte material alguno, simplemente se reconoce su existencia por la anotación respectiva. Estos títulos valores se rigen por el principio de literalidad por lo que su valor patrimonial debe estar expresado en una suma de dinero con el respectivo signo o unidad monetaria, lo cual constituye requisito esencial para su existencia y efectos jurídicos (artículo 5° de la Ley de Títulos Valores).

Los principales títulos valores son la letra de cambio, el pagaré, la factura conformada, el cheque, los certificados bancarios en moneda extranjera y nacional, el certificado de depósito y el Warrant, los títulos de créditos hipotecario negociables, el conocimiento de embarque y la carta porte, los valores inmobiliarios (valores representativos de participación, acciones de sociedades, certificado de participación en fondos mutuos de inversión, valores emitidos en procesos de titulización, valores representativos de deuda, bonos, papeles comerciales, letras hipotecarias, cédulas hipotecarias, certificados de depósitos negociables, bonos públicos, etc.); tal como lo establece la Ley de Títulos Valores.

Los títulos valores y valores en general configuran un valor patrimonial autónomo, por lo que pueden incautarse o decomisarse sin problema alguno. A estos títulos y valores también se les conoce como recursos financieros, tal como lo señala la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104. En tal sentido podemos afirmar que los **recursos financieros** son los activos que tienen algún grado de liquidez, y obviamente entre estos recursos también se comprende al dinero en efectivo. Por ello, en general, al hablar de recursos financieros, se hace referencia al dinero en efectivo, a los títulos valores, los créditos, los depósitos en entidades financieras, las divisas y las tenencias de acciones, bonos, etc.

El Decreto Legislativo N° 1104 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 093-2012-PCM, establece que los recursos financieros incautados o decomisados se depositan en las cuentas que determine la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público - DGETP del Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con la CONABI, aun cuando de todos modos están a cargo de CONABI, para ello esta institución deberá suscribir los convenios correspondientes con las respectivas entidades financieras, tal como lo estipula el Artículo 29° del Decreto Supremo antes referido. Con ello, tal como ya lo hemos anotado, cambian los criterios establecidos en la legislación anterior, en la que se estipulaba que los recursos financieros debían ser depositados necesariamente en el Banco de la Nación.

17. INCAUTACIÓN Y DECOMISO

Con lo dicho hasta este momento en el presente trabajo, queda clara la diferencia entre el decomiso y la incautación, lamentablemente esta diferenciación aún no ha sido comprendida debidamente por muchos de nuestros operadores jurídicos; es por eso que no está demás plasmar las siguientes diferencias entre ambas instituciones:

- a) La incautación es de naturaleza procesal e instrumental, dada su calidad de medida cautelar, se realiza con fines de aseguramiento de la concreción del decomiso, llegado que sea el momento (la sentencia o resolución definitiva); en cambio el decomiso es de naturaleza sustantiva y asume propiamente la calidad de “consecuencia aplicable del delito”.
- b) La incautación es de carácter temporal, mientras que el decomiso es de carácter definitivo.
- c) Por la incautación no se priva al agente de la titularidad del derecho que aparentemente detenta, aun cuando dicha aparente titularidad queda en suspenso; mientras que por el decomiso toda supuesta titularidad sobre los bienes pasa a favor del Estado.
- d) La incautación puede ser dispuesta por el Fiscal e inclusive por la Policía (artículos 59° y 94° del Código de Procedimientos Penales y artículo 316° del nuevo Código Procesal Penal); en cambio, el decomiso solo puede ser dispuesto por la autoridad jurisdiccional; sin embargo, ambos pueden ser dispuestos por la autoridad administrativa, cuando se trate de la investigación de infracciones administrativas o de la imposición de las sanciones respectivas.
- e) La incautación puede efectuarse en una investigación policial (por lo menos por ahora), en una investigación fiscal preliminar, en una investigación preparatoria o en un proceso penal; el decomiso solo se efectúa en un proceso penal, sea al concluir el proceso mediante sentencia condenatoria o cuando el proceso concluya por cualquier otro mecanismo de terminación temprana.
- f) Si hay absolución, no se producirá el decomiso (salvo casos de instrumentos o medios peligrosos o efectos de ilícito comercio o ciertos casos de absolución por inculpabilidad, excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad); en cambio, la incautación, al producirse fuera del proceso (en la investigación policial o en la investigación fiscal preliminar), se realiza previamente a la sentencia, por lo que no depende de esta; inclusive cuando se dicta dentro del proceso, igualmente no depende de la sentencia. Más aún, con la sentencia definitiva, caduca o pierde eficacia la incautación, ya que de ser condenado el procesado “titular” de los bienes incautados, en la propia sentencia se dispondrá la conversión de la incautación en decomiso, o en todo caso se dispondrá la devolución de los bienes a su titular, salvo casos de bienes de ilícito comercio; y si fuera absuelto, normalmente no habrá decomiso, sino, en general, devolución de los bienes; aun cuando esto último no es absoluto, puesto que el decomiso no depende de la acreditación del delito, siendo suficiente que estemos frente a un injusto penal (acción típica y antijurídica), sin que sea necesaria la culpabilidad o la punibilidad.

2.18. INCAUTACIÓN Y SECUESTRO

- a) En general, ha quedado claro que la incautación es la medida cautelar o de aseguramiento del decomiso; en cambio por el secuestro se afecta cualquier bien, cuando resulte útil para la investigación o el proceso; su fundamento es netamente en pro de la investigación o esclarecimiento de los hechos.
- b) La finalidad de la incautación es instrumental (asegura lo que deba resolverse en otro proceso) o en la sentencia definitiva; en cambio, el secuestro cumple su finalidad en sí mismo (finalidad estrictamente probatoria).

- c) Los bienes o derechos incautados, normalmente se mantendrán afectados durante todo el proceso, hasta que se dicte la sentencia definitiva y los bienes incautados, sean decomisados, destruidos o devueltos; en cambio, los bienes secuestrados, permanecerán en tal situación, solo en tanto y en cuanto sean útiles a la finalidad probatoria, cumplida esta finalidad deberán ser devueltos a su titular o detentador en cualquier momento (antes de la sentencia definitiva).
- d) Con la incautación la titularidad de los bienes afectados queda en discusión y por ello, el afectado no podrá disponer de ellos o gravarlos; en cambio, en el caso del secuestro no existe discusión alguna sobre la titularidad, y por tanto el titular puede disponer de ellos o gravarlos aun cuando permanezcan secuestrados.
- e) En nuestra legislación, los bienes afectados con la incautación, no pueden ser afectados con fines resarcitorios; en cambio los bienes afectados con el secuestro, pueden ser afectados con dichos fines sin problema alguno.
- f) Se incautan únicamente ciertos objetos del delito, instrumentos, efectos o ganancias del delito, los bienes de las organizaciones criminales, los bienes por valor equivalente, y los bienes de origen lícito mezclados con los de origen delictivo (Decreto Legislativo N°1104); en cambio pueden ser objeto de secuestro el bien o derecho cualquier bien o derecho vinculado al delito, siempre que sean útiles para la investigación.

2.19. INCAUTACIÓN Y EMBARGO

- a) Tanto la incautación como el embargo, son medidas cautelares dentro del proceso penal, pero la incautación se realiza sobre instrumentos, efectos y ganancias del delito, y demás bienes o activos señalados en el Decreto Legislativo N° 1104, esto es, se realiza sobre bienes cuya titularidad a favor de quien los detenta, se encuentra en discusión; en cambio, el embargo se realiza sobre los bienes de la titularidad del agente del delito o del tercero civil, es decir sobre bienes cuya titularidad a favor de sus detentadores queda fuera de toda dicción.
- b) La incautación tiene como finalidad el posterior y final decomiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito; el embargo tiene como finalidad garantizar al pago de las consecuencias pecuniarias del delito (reparación civil, pena de multa y costas procesales).
- c) Los bienes embargados pueden ser sustituidos, o levantarse el embargo si se garantiza el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, quedando desahfectados los bienes embargados; en cambio, los bienes incautados, no pueden ser sustituidos, a la vez que resulta altamente cuestionable su devolución antes de la sentencia final.
- d) La incautación es una institución propia del proceso penal, en el único que puede disponerse el decomiso; por el contrario, el embargo es una medida cautelar general para garantizar el cumplimiento de una obligación pecuniaria (puede utilizarse en todo tipo de procesos).
- e) La incautación, en cuanto medida cautelar vinculada exclusivamente a asegurar la concreción del decomiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito, realizables únicamente en un proceso penal, no queda sujeta a la caducidad prevista en el artículo 625° del Código Procesal Civil; en cambio el embargo, queda sujeto a dicha caducidad.

- f) La incautación, procederá en todos los casos en que se descubran o encuentren instrumentos, efectos o ganancias del delito; por el contrario el embargo, solo procederá si es que no estuviera garantizado, de algún modo, el pago de las obligaciones pecuniarias del agente del delito o del tercero. En el caso del tercero, este solo queda vinculado al pago de la reparación civil, en cambio el agente del delito, además de la obligación resarcitoria, queda vinculado al pago de la pena de multa y de las costas procesales.
- g) Conforme al nuevo Código Procesal Penal, al solicitarse el embargo deberá ofrecerse la contracautela respectiva, la misma que debe ser adecuada, conforme al juicio del Juez; en cambio, para la disposición y ejecución de la incautación, no se requiere contracautela alguna, toda vez que para opere la incautación deben existir indicios suficientes de que se trata de instrumentos, efectos o ganancias del delito, sobre los cuales, quien mantiene en su poder dichos bienes o derechos, no ostenta derecho real alguno. O en el caso de los instrumentos del delito, la peligrosidad objetiva de los mismos en poder del agente del delito, justifica de modo suficiente, la disposición de la incautación sin condicionante alguno.

2.20. LA INCAUTACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como venimos sosteniendo a lo largo de todo este trabajo, en el Código Procesal Penal se ha confundido totalmente a la *incautación* con el *secuestro* pese a que ambas instituciones tienen una función y un fundamento distinto dentro del proceso, la primera es una medida cautelar para asegurar el decomiso y el segundo es una medida coercitiva de carácter investigativo cuyo fin es el esclarecimiento de los hechos. Ello ha llevado a confusiones en la jurisprudencia y los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema, como veremos más adelante. Pero lo que es peor, ha llevado a los operadores jurisdiccionales a considerar que toda medida de secuestro debe ser autorizada o confirmada por el Juez, aun cuando fuese consentida por el titular del bien afectado, de lo contrario se le niega todo efecto probatorio a la diligencia respectiva, con lo cual, obviamente, se entorpece la investigación del delito.

Pues, en el modelo acusatorio se faculta al Fiscal a realizar la investigación del delito y por tanto, se le tiene que facilitar los instrumentos procesales para lograr tal propósito; uno de estos es permitirle realizar afectaciones a ciertos bienes vinculados con el delito, sobre todo, cuanto el titular del bien lo permite. Sin embargo, no se le permite al Fiscal concretar la medida de secuestro, pese a que es un acto propiamente de investigación y no tiene incidencia alguna en la propiedad o derechos reales del bien afectado; al contrario de la incautación que, una vez realizada, no se permite al afectado realizar acto de disposición o gravamen alguno sobre el bien, puesto que esta se realiza porque se presume que el detentador del bien no tiene derecho alguno sobre el mismo, porque este es producto del delito (no se puede obtener derechos a través del delito). Justamente por eso es que en el caso de la incautación necesariamente se requiere de la autorización o confirmación del Juez, lo que no sucede con el secuestro que implica solo una afectación mínima a los derechos de los afectados con esta medida, y en muchos casos el propio afectado asiente la afectación del bien como una contribución al esclarecimiento de los hechos, y por ello, el Juez nada tendría que hacer. Por ello, hemos sostenido que esta parte del Código Procesal Penal es la menos lograda y debe modificarse a la brevedad posible si se quiere optimizar la investigación del delito.

Esta confusión se evidencia, cuando en los artículos 218° a 234° del Código Procesal Penal, en los que se establecen los criterios para el secuestro, pero llaman y tratan al secuestro como si se trataría de la incautación; lo que se repite en los artículos 316° a 320° en los que, en efecto, se desarrollan los criterios relativos a la incautación, habiéndose omitido prácticamente en todo el Código hablar de secuestro; solo en el epígrafe del artículo 220° se habla de “Diligencia de *secuestro* o exhibición”, y efectivamente, en dicho artículo se desarrollan criterios referidos al secuestro; sin embargo, en el cuerpo del artículo, se vuelve a denominar incautación, al secuestro. Finalmente, también en el numeral 4 del artículo 399° se establece que en la sentencia condenatoria se resolverá sobre la reparación civil, ordenando cuando corresponda, la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda, las consecuencias accesorias del delito, las costas y la entrega de los *objetos secuestrados* a quien tenga mejor derecho para poseerlos.

Felizmente, en nuevas normas como los Decretos Legislativos N° 1104, N° 1106, N° 1111, etc., ya se va entendiendo la naturaleza de ambas instituciones y se va dando un tratamiento adecuado a las mismas, aun cuando quedan todavía ciertos rezagos de confusión. Asimismo, en la modificación del artículo 94° del Código de Procedimientos Penales, ya se habla de la incautación de modo adecuado. Si ello es así, los criterios contenidos en el Código Procesal Penal deben interpretarse conforme a los criterios contenidos en las referidas normas; debiendo de considerarse los artículos 218° a 234° del Código solo para el secuestro y los artículos 316° a 320° solo para la incautación. Obviamente, ello pasa por descartar la mayoría de los criterios contenidos en el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema **N° 5-2010/CJ-116. 16/11/2010. FV: 7 a 15**, sobre la incautación, en donde desarrollan conceptos totalmente errados que en lugar de contribuir al esclarecimiento de los conceptos y categorías jurídicas, lo que hace es confundir a los operadores jurídicos, entorpeciendo la adecuada investigación del delito. Asimismo, a descartar criterios doctrinarios que hablan de incautación instrumental (secuestro) e incautación cautelar (incautación propiamente dicha), puesto que ello lleva a aplicar los criterios de la incautación al secuestro, pese a su naturaleza, función y fundamentos distintos.

peligro de que estos puedan ser ocultados, destruidos o alterados, dicha medida debe ser confirmada por mandato judicial, lo que si bien resulta necesario para el caso de la incautación, tal como ya lo hemos demostrado, no se requiere para el secuestro que es una medida o acto de investigación, y por tanto en el modelo acusatorio, es de competencia del Fiscal.

Esta confusión entre el secuestro y la incautación contenida en el Código Procesal Penal y el Reglamento de la Fiscalía de la Nación, medianamente ha sido aclarada con el Decreto Legislativo N° 1104, el que establece, con toda claridad, que la encargada de la administración, custodia, adjudicación remate y eventual devolución de los bienes incautados (con fines de decomiso) es la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI, en la misma que no se comprende a bienes secuestrados, sino solo a incautados; norma que se complementa con el artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros modificada por el Decreto Legislativo N° 1111, que encarga la administración y custodia de los bienes incautados en los delitos aduanero y de contrabando, a la Autoridad Aduanera. Con ello se deja sin efecto, a todas las entidades que tenían estas facultades como el Fondo de Pérdida de Dominio (FONDEP), OFECOD (Oficina Ejecutiva de Control de Drogas), FEDADOI (Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado), COMABID (Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados), y la Superintendencia de Bienes Nacionales, que se encargaba de la administración y custodia de los bienes incautados relacionados con los delitos de terrorismo. Pero claro, todos estos casos están referidos a la incautación propiamente dicha (no al secuestro, que el Código Procesal Penal y el Reglamento de la Fiscalía de la Nación la confunden con la incautación), tal como lo hemos visto al tratar la administración y custodia de bienes incautados, criterios que se complementan con lo dispuesto por el artículo 318° del Código Procesal Penal.

No obstante, debe quedar claro que la administración de bienes *secuestrados*, queda a cargo del Ministerio Público, tal como lo dispone el artículo 221° del Código Procesal Penal y la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN, la misma que deberá modificarse para adecuarse a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1104 y el artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros modificada por el Decreto Legislativo N° 111, que regula la administración y custodia de los bienes incautados. Por lo que el Reglamento solo deberá comprender a los bienes secuestrados.

3. LA INCAUTACIÓN Y EL SECUESTRO EN LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA

El Acuerdo Plenario N° 5–2010/CJ–116, del 16 de noviembre del 2010, en sus fundamentos jurídicos del 7 a 15, desarrolla algunas ideas supuestamente vinculantes respecto a la incautación; sin embargo, como quiera que al igual que la norma procesal penal, trata al secuestro y a la incautación como si fueran la misma institución, incurre en los mismos errores que hemos apuntado a lo largo de este trabajo y por ello consideramos que los operadores jurídicos no deben vincularse a este Acuerdo. Pues, como hemos señalado en otro lugar, en los sistemas del *civil law*, la consolidación de los precedentes vinculantes no se ha producido por la práctica o decisión de los propios órganos jurisdiccionales, sino más bien por la promulgación de

normas legislativas autoritativas. En el caso del Perú, a través de normas expresas se autoriza al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional para que emitan, este tipo de precedente o jurisprudencia vinculante; estas normas fundamentalmente son el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales introducido por el D. Leg. N° 959, que autoriza a las Salas Penales de la Corte Suprema a expedir jurisprudencia y acuerdos vinculantes; el artículo 433.3 del Código Procesal Penal, que autoriza a las Salas Penales de la Corte Suprema para expedir sentencias casatorias y plenarios casatorios vinculantes. Asimismo, los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que autoriza al Tribunal Constitucional para expedir Precedentes y doctrina jurisprudencial vinculante. Igualmente, el artículo 400 del Código Procesal Civil, el artículo 40 del Texto Único Ordenado del Proceso Contencioso Administrativo, la Ley Procesal del Trabajo N° 29497 y la propia Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a la Corte Suprema para expedir precedentes vinculantes en materia civil, contencioso-administrativa, laboral y constitucional respectivamente.

Con esta normatividad autoritativa las Salas Penales de la Corte Suprema y el Tribunal constitucional han iniciado una carrera acelerada de producción de precedentes y jurisprudencia vinculante pretendiendo reemplazar a los órganos legislativos así como a la doctrina, lo que los ha llevado a la sobreabundancia de precedentes improvisados y cuestionables que de algún modo ponen en tela de juicio la validez y eficacia de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico, como se verá más adelante.

No obstante, aun cuando existen las normas autoritativas anotadas, no existe norma alguna que faculte a las Salas Penales de la Corte Suprema a dictar Acuerdos Plenarios de naturaleza vinculante; por ello el nivel de vinculatoriedad de estos Acuerdos, solo dependerá de la fuerza persuasiva de los argumentos que se presenten para fundamentar sus conclusiones, y si esta fuerza argumentativa fueran débil o inexistente dichos Acuerdos no tendrán ningún efecto vinculante.

En el presente caso, el Acuerdo bajo comentario, solo ha generado confusiones y revela ausencia de conceptos claros sobre la incautación y el secuestro, por lo que los jueces deberán desvincularse de su contenido. En efecto, establece en sus fundamentos del 7 al 15:

“§ 1. Aspectos generales. Objeto de la incautación.

7°. *La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos- (arts. 218° al 223° del NCPP), y como medida de coerción -con una típica función cautelar (art. 316° al 320° del NCPP)-. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa -de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes -pueden cumplir funciones similares-, lo esencial estriba en la función principal que cumplen,*

básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102° del CP.

- 8°.** *La incautación instrumental (art. 218° NCPP) recae contra (i) los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra (ii) las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito. En estricto sentido se entiende por;*
- A.** *'Cuerpo del delito', además de la persona -el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquel contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos -la droga en el delito de TID-.*
 - B.** *Las 'cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento', son tanto las 'piezas de ejecución': medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas 'piezas de convicción': cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.*
- 9°.** *La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.*
- A.** *Los efectos del delito o producta scaeleris son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etc.*
 - B.** *Los instrumentos del delito o instrumenta scaeleris son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etc.*
 - C.** *Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etc., para lo que se requiere una regulación específica. En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (art.102° CP).*
- 10°.** *Como se advierte de los párrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse -privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal- cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° y ss del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible -asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba-. Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se*

trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

§ 2. Régimen de la incautación.

- 11°.** *La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.*
- A.** *En los casos de flagrancia delictiva -en las modalidades reconocidas por el art. 259° NCPP- o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia -se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito- y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.*
- B.** *Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria -en especial durante las denominadas “primeras diligencias”- requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina “peligro por la demora”, en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad -obstrucción de la investigación y del proceso en general- y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera -la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis-.*
- C.** *Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (art. 317° NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.*
- 12°.** *La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del párrafo anterior, que requiere resolución judicial previa -el Juez tiene aquí la primera palabra-, la regla es que ejecutada la medida por la Policía motu proprio o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal. La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno -el mismo día o a más tardar al día siguiente-, salvo norma específica al respecto (arts. 203° y 254°.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; solo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en*

especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida -si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva-. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

§ 3. Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales.

- 13°.** *La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución -excepción, parágrafo 10°, literal c)- o después de ella -regla general, parágrafo 10°, literales a) y b)-. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto -de nulidad absoluta e insubsanabilidad-, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación. La confirmación judicial debe solicitarse 'inmediatamente' (artículo 203°.3 y 317°.2 NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad. La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, solo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial -al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación- no determina irremediamente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación -sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad -requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes-.*
- 14°.** *Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito.*

§ 4. Reexamen de la incautación.

- 15°. *El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación.*

El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el art.319°.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que solo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -no la que puede aportar con posterioridad a la incautación- puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando esta se decretó o efectivizó”.

Acuerdo Plenario N° 5-2010/cj-116, del 16 de noviembre del 2010, en sus FJ: 7 a 15.

En síntesis, en este Acuerdo Plenario se ha establecido que:

1. La incautación es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible; y que en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, propiamente medida instrumental, y como típica medida con función cautelar.
2. Los bienes y objetos que pueden incautarse cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso y asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba.
3. La incautación cautelar incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos²⁰² del delito permitidos por la ley.
4. Resulta particularmente complicado establecer la función que prima en el caso concreto. Esto es, si se le concede una función cautelar o una función probatoria o de investigación (de esclarecimiento del hecho). Que por ello, a efectos de establecer la función de la incautación ha de tenerse en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.
5. Respecto a la autoridad que debe dictar la incautación (sea como instrumental o cautelar), es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, siempre que sea urgente pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria. De no existir urgencia deberá disponerla el Juez.

²⁰² Respecto a los objetos del delito, el Acuerdo señala que son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito,

6. Que la incautación se sustenta en el riesgo fundado que de no incautarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad o se frustraría el ulterior decomiso.
7. En caso de la ausencia de resolución judicial, o de incumplimiento del plazo para requerir la resolución judicial, aun cuando se vulnera un requisito de la actividad procesal, no importa un defecto de nulidad absoluta e insubsanabilidad.
8. A falta de intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se haya cumplido con el correspondiente control y evaluación jurisdiccional. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, se rechazará provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustente en la incautación.

Al respecto, desde una perspectiva de *lege lata*, los puntos tratados resultan conformes al contenido de las normas respectivas del Código Procesal Penal. Lamentablemente, en dichas normas, se ha confundido totalmente la institución del *secuestro con la incautación* (como veremos más adelante), habiéndolas regulado como si se tratase de una misma institución procesal, pese a que la doctrina y la legislación comparada las trata de modo diferenciado, ya que tienen su propio fundamento, su propia finalidad y su propia forma de operar en el proceso penal. Y más todavía, cada una de estas medidas puede ser dispuesta por autoridad distinta, en un modelo procesal penal acusatorio, como el plasmado en nuestro Código Procesal Penal.

Siendo así, ante tal confusión normativa, era de esperarse que a través de una decisión jurisprudencial o de un acuerdo como el presente, se propendiera a la aclaración de estos temas. Sin embargo, ello no ha sucedido, y por el contrario, arrastrando los mismos errores de la norma y de cierta doctrina inadecuada existente al respecto, que en lugar de aportar pautas dogmáticas para una adecuada interpretación y aplicación de las normas, ha contribuido a la total tergiversación de las instituciones del secuestro y la incautación dentro del proceso penal, desperdiciándose de este modo el rendimiento práctico que ambas instituciones están llamadas a cumplir. En efecto:

1. Respecto al primero y segundo puntos, es correcto sostener, como se hace en el Acuerdo, que la incautación es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas incautadas o secuestradas relacionadas con el hecho punible. Sin embargo, no nos parece correcto afirmar que tiene una naturaleza dual, como se sostiene en el presente Acuerdo (medida de búsqueda de pruebas y medida cautelar).

Pues, debe precisarse que cuando se habla de medida de búsqueda de pruebas se está haciendo referencia a la institución procesal del secuestro, regulado en arts. 218° al 223° del CPP; y cuando se habla de medida cautelar se refiere a la incautación propiamente tal, regulada en art. 316° al 320° del CPP. Estas instituciones, aun cuando la norma procesal las confunde, son totalmente distintas, puesto que tienen funciones y fundamentos distintos. Asimismo, la autoridad que debe disponerlas y ejecutarlas es distinta; así como también su operatividad dentro del proceso es distinta. En tal sentido, no se las puede tratar como si fueran lo mismo.

La *incautación* como medida cautelar consiste en la afectación de bienes o activos con la finalidad de asegurar la concreción del decomiso que se pudiese disponer en la sentencia o resolución final; su función es evitar actuaciones perjudiciales que impidan la efectividad de

la sentencia en relación al decomiso. Por un lado, defiende los derechos subjetivos, garantizando su eficacia, y por otro consolida la seriedad y eficacia de la función jurisdiccional. Su fundamento es el aseguramiento del decomiso, con lo cual se vincula a la necesidad de poner fin a la peligrosidad objetiva de instrumentos o bienes de las organizaciones delictivas, así como algunos efectos intrínsecamente delictivos o peligros, etc.²⁰³, que se encuentran en poder de los agentes del delito; o también evitar el enriquecimiento indebido de los agentes del delito con los efectos y ganancias del mismo.

Por su parte el *secuestro*, es una medida de coerción real consistente en un acto de investigación, tiene por finalidad conservar cualquier bien u objeto, y en general cualquier elemento de prueba, que deba ser incorporado al proceso y valorado por el órgano jurisdiccional en el momento pertinente, de modo que puedan apreciarse en el estado inicial en que se encontraban y ser útiles para sustentar eficazmente la sentencia²⁰⁴. En este sentido el secuestro y la incautación quedan debidamente diferenciados, el secuestro tiene un fin en sí mismo, en cuanto acto procesal o de investigación; en cambio, la incautación resultan instrumental respecto a lo que se resuelva en la sentencia definitiva; esto es, sirve para que las consecuencias jurídicas del delito (decomiso), establecidas en la sentencia, sean realmente ejecutadas o cumplidas.

Como quiera que la incautación se dispone cuando se presume que nos encontramos frente a instrumentos, efecto o ganancias del delito (respecto a los cuales el ordenamiento jurídico no reconoce, al agente, el derecho de propiedad), al concretarse la incautación la titularidad de los bienes afectados queda en discusión (y por ello no se podrá disponer de ellos a gravarlos); en cambio en el caso del secuestro no existe discusión alguna de dicha titularidad, y por tanto, el propietario puede disponerlos o gravarlos aun cuando permanezcan secuestrados.

Los bienes o derechos incautados, normalmente se mantendrán afectados durante todo el proceso, hasta que se dicte la sentencia definitiva y se disponga el decomiso o la devolución de los bienes (salvo que en el curso del proceso se desvirtúe la calidad de efectos o ganancias del delito de los bienes y la incautación tenga que levantarse); en cambio los bienes secuestrados, permanecerán en tal situación, solo en tanto y en cuanto sean útiles a la finalidad probatoria, cumplida esta deberán ser devueltos a su titular o detentador en cualquier momento (antes de la sentencia definitiva).

²⁰³ El decomiso ordinariamente procede sobre los instrumentos, efectos y ganancias del delito (en ciertos casos puede proceder sobre el objeto del delito, cuando este es de ilícito comercio o intrínsecamente delictivo). No obstante, a partir de la promulgación de la Ley de Pérdida de Dominio, D. Leg. N° 1104 (cuya acción en buena cuenta, consiste en un supuesto de decomiso fuera del proceso penal), también el decomiso puede operar sobre bienes de propiedad del agente (decomiso por valor equivalente o decomiso impropio), sobre bienes de las organizaciones delictivas (aunque estos no sean instrumentos, efectos o ganancias del delito), así como también sobre bienes lícitos que se mezclan con los de origen ilícito. En tal sentido, actualmente, los bienes sujetos a decomiso se han incrementado.

²⁰⁴ ORÉ GUARDIA, Arsenio: *“La Coerción real en el proceso penal”*. En, II congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias Jurídicas del Delito. Ara Editores, Lima, 1997, p. 96.

Como refiere GIMENO SENDRA: “Su función no es sino la de conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas en su justa medida por el órgano competente para el conocimiento y fallo (...). Son simplemente medidas de aseguramiento y conservación de bienes y cosas que deberán ser apreciadas por el tribunal con posterioridad: son medidas de aseguramiento de la prueba en fase oral”. GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín: *“Lecciones de derecho procesal penal”*. Colex, Madrid, 2003, p. 303.

Siendo así, puede apreciarse claramente que el secuestro y la incautación son instituciones distintas y no se les puede dar el mismo tratamiento, puesto que ello lleva a confusiones innecesarias que van en desmedro de la adecuada aplicación y aprovechamiento práctico de estas instituciones. Y claro, el hecho de sostener que existe un tipo de incautación cautelar y otro instrumental, no supera la inconveniencia, porque con ello de todos modos se les adjudica a ambas instituciones igual naturaleza, lo que lleva a aplicar todos los criterios previstos para la incautación, también al secuestro, llegándose a poner en duda la titularidad de los bienes secuestrados, lo que desnaturaliza la institución y lleva a considerar que los bienes materia de incautación pueden entregarse a su detentador, aun cuando no se haya desvirtuado su condición de instrumento, efecto o ganancia del delito.

Por ello, a fin de evitar los errores en que se incurre en al Código Procesal Penal y se repite en este Acuerdo, consideramos que debe interpretarse dicha normatividad en concordancia con el contenido de otras normas que desarrollan y complementan esta temática como la Ley de Lavado de Activos, D. Leg. N° 1106 y la Ley de Pérdida de Dominio, D. Leg. N° 1104.

2. De otro lado, en cuanto el Acuerdo sostiene que la incautación cautelar incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley. Es de considerar que los objetos del delito, tal como se sostiene en el propio Acuerdo, son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito; esto es, el objeto del delito puede consistir en un bien con un titular reconocido (cosas hurtadas), en bienes intrínsecamente delictivos (drogas) y bienes fuera del comercio (armas no permitidas para uso civil).

Si se tratara de las dos últimas clases, no es posible reconocer derechos reales (propiedad) sobre los bienes a los particulares, y por tanto, cuando se hallan e intervienen estos bienes, no se está actuando cautelarmente, puesto que el destino de los bienes no queda sujeto a lo que se resuelva finalmente en la sentencia, sino que con la afectación de los bienes se priva definitivamente de estos a sus eventuales detentadores, y por ello mismo, no se trata de una incautación sino propiamente de un decomiso. En tal sentido, no puede sostenerse que en estos casos, el objeto del delito es materia de incautación. Asimismo, si es que se tratara de bienes de la titularidad de alguien (como los bienes hurtados) tampoco se podrá incautar tales bienes, pues, una vez que sean hallados se los entregará a su titular, salvo que se requiriese efectuar alguna pericia o diligencia especial, en cuyo caso, de todos modos se entregará el bien a su titular una vez que se haya cumplido esta finalidad, sin que en ningún caso proceda la incautación sobre estos bienes. Los únicos casos en que se puede sostener que el objeto del delito es materia de incautación, será en los delitos de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo, en los cuales el dinero u otros activos son objeto de estos delitos y se deben decomisar necesariamente; pero sobre todo, por constituir efectos del delito previo, en el delito de lavado de activos, y por estar vinculados a las actividades de las organizaciones delictivas en el caso del financiamiento del terrorismo.

4. De otro lado, en cuanto el Acuerdo señala que resulta particularmente complicada establecer la función cautelar o la función probatoria o de investigación de la incautación, por lo que a efectos de establecer su función ha de tenerse en cuenta el estado de la causa; nos parece un esfuerzo por esclarecer la confusión conceptual en que se incurre en el Acuerdo, pero no un argumento serio. Pues, el secuestro o los bienes secuestrados, mantendrán tal condición

durante todo el proceso (investigación y juicio); lo mismo, la incautación tendrá esa calidad durante todo el proceso. Distinto será el caso en que un bien que constituye efecto o ganancia del delito, y por ello será materia de la medida cautelar de incautación previa al decomiso y, a la vez, pudiese servir para el esclarecimiento del hecho (como elemento de prueba), en cuyo caso, deberá imponerse sobre dicho bien ambas medidas coercitivas, esto es, se levantará el acta de secuestro e incautación de dicho bien; procediéndose a aprovechar su utilidad probatoria y finalmente procederse a su decomiso. Y claro, ello no determina que en un estado del proceso la misma medida pueda ser considerada como secuestro y en otro estadio del proceso pueda considerarse como incautación, como erradamente se sugiere en el Acuerdo bajo comentario.

5. Obviamente, la confusión conceptual respecto al secuestro e incautación, ha llevado a sostener en el Acuerdo que no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se haya cumplido con el correspondiente control y evaluación jurisdiccional. Advirtiéndose que en este caso, se está refiriendo al secuestro (mal llamado en el Acuerdo, incautación instrumental), el cual como se ha señalado es un acto de investigación, y por tanto, la autoridad que debe realizarla en el modelo acusatorio, es el Fiscal y no se requiere de disposición, autorización o revisión judicial (salvo la evaluación que se hará en la etapa intermedia, pero ello opera para todas las pruebas, no solo para los elementos probatorios afectados por el secuestro), o que se trate de supuestos en que la realización del secuestro afecte otros derechos fundamentales, y por ello se requiere la autorización o confirmación judicial (secuestro de documentos privados o secuestro de bienes que se encuentran en lugar cerrado y es necesario previamente el descerraje. En tal sentido no se puede sostener, como se hace en el Acuerdo, que ante “la falta de intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se haya cumplido con el correspondiente control y evaluación jurisdiccional”. Pues como se aprecia claramente, ello es consecuencia del error conceptual en que se incurre el confundir el secuestro con la incautación.

Como puede advertirse, esta confusión tiene gran relevancia práctica, pues como se dice en el Acuerdo, “se rechazará provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustente en la incautación”; con lo que se desconoce la facultad del Fiscal para acopiar elementos probatorios para fundamentar sus requerimientos; peor aún, ni siquiera se toma en cuenta los casos en que el afectado con la medida de secuestro (mal llamado incautación instrumental) puede prestar su consentimiento para la afectación del bien, y por tanto no se estaría afectando derecho alguno (pues se trata de derechos disponibles –derecho de propiedad u otro derecho real-), y en consecuencia, no se requiere de la intervención jurisdiccional (la misma que como se sabe solo opera para tutelar derechos).

6. No obstante, debe quedar claro que estas inconveniencias se presentan solo para el secuestro, puesto que en la incautación, al ponerse en juego la titularidad de los bienes o activos afectados, necesariamente se requerirá de la intervención del Juez, salvo casos de urgencia en que puede disponerla y ejecutarla la Policía o el Fiscal, pero necesariamente se tendrá que requerir la confirmación judicial.

En conclusión, el presente Acuerdo no aporta mayores luces respecto a la interpretación de las normas respecto a la incautación y al secuestro, las mismas que resultan erradas en el Código Procesal Penal, por el contrario contribuye a su confusión, y lo que es peor, resta

facultades al Ministerio Público para el acopio de elementos probatorios y realizar una investigación eficaz. Claro que ello va de la mano con el criterio esbozado en el CPP que no ha diseñado un instrumento adecuado para una debida investigación del delito, lo que está generando un incremento significativo de la impunidad en los Distritos Judiciales donde está en vigencia.

Asimismo, en el caso de los efectos o ganancias del delito, si existiesen suficientes elementos de convicción, en el sentido de que efectivamente se trata de productos del delito, ello por sí mismo constituye una situación de ilicitud no permitida por el Derecho, de la misma que no nacen derechos reales a favor del agente del delito o eventuales terceros; y por ello, como una medida de protección o de profilaxis del propio ordenamiento jurídico, se debe privar de los bienes o cosas a sus ilegales detentadores, y pasar la titularidad de dichos efectos o ganancias a favor del Estado. Si ello es así, no se puede condicionar o limitar la disposición o ejecución de la incautación, solo a los supuestos en que exista peligro de libre disponibilidad; pues, ello restaría totalmente la funcionalidad de esta institución, haciéndola inoperante. Además, con condicionantes de este tipo, se propiciaría que los agentes del delito, y particularmente las organizaciones criminales, sigan usufructuando el patrimonio criminal, con la consecuente impunidad y multiplicación del fenómeno criminal.

Sin embargo, y a pesar de todo, creemos que puede dejarse de lado la aplicación de este Acuerdo en este extremo, puesto que existen normas posteriores como los Decretos Legislativos N° 982, N° 983, N° 986, N° 988, N° 989 y N° 992, y particularmente los Decretos Legislativos N° 1104 y N° 1106, que manejan un criterio general de los fundamentos de la incautación, y sobre todo, no establecen condicionamiento alguno.

UNIDAD III: LA IMPUGNACIÓN

LECTURA OBLIGATORIA

LOUTAYF RANEA, Roberto G. (2009). Los Hechos en el Recurso de Apelación. Publicado Morello Augusto, "Los Hechos en el Proceso Civil" Bs As. La Ley. pp 185.

PREGUNTAS

1. ¿Qué entiende por el principio "tantum devolutum quantum appellatum?"
2. ¿Qué establece el principio dispositivo en el marco de los recursos impugnatorios?
3. ¿En qué consiste el principio de congruencia como manifestación del principio dispositivo?
4. ¿Cuál es la diferencia entre el interés y el agravio?
5. ¿En qué consiste la expresión de agravios?

LOS HECHOS EN EL RECURSO DE APELACION

por Roberto G. Loutayf Ranea

(Publicado en MORELLO, Augusto M., Director, "Los hechos en el Proceso Civil", Bs. As., La Ley, 2003, pág. 185)

1) EL RECURSO DE APELACIÓN NO ES UN NUEVO JUICIO

"*Instancia*" significa solicitud; pero por extensión, también se llama *instancia* al procedimiento que sigue a esa solicitud hasta que deviene la respuesta. El término adquiere un significado específico cuando la solicitud se hace al órgano jurisdiccional, es decir, a los jueces: en estos casos se llama *instancia* a toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento, dirigida a un juez, para que satisfaga un interés legítimo del peticionante; y por extensión, se llama también *instancia* a todo el procedimiento desde la aludida petición, hasta la resolución judicial que le da respuesta¹. Se puede distinguir, entonces, la primera, segunda, tercera instancia, etc., según las que establezca la legislación procesal. La "primera instancia" se origina con la solicitud que por primera vez se hace a la Jurisdicción y que se materializa mediante la llamada "pretensión procesal" normalmente contenida en la demanda; la misma concluye con la sentencia que se pronuncia por primera vez sobre el asunto planteado. La segunda instancia, se origina en una segunda petición que puede formular con relación al mismo asunto la parte perjudicada por la decisión anterior: esta nueva instancia se materializa a través de la interposición del respectivo recurso y la expresión de los motivos por lo que el recurrente considera errada la sentencia anterior; esta segunda instancia termina con la decisión que da respuesta al planteo de revisión.

El recurso de apelación, entonces, viene a ser la segunda instancia que puede formular la parte perjudicada por la sentencia dictada en primera instancia-

En general han existido dos formas de concebir al recurso de apelación: **a)** El *sistema amplio* considera a la apelación como un "*nuevo juicio*" (*novum iudicium*), en cuanto se permite en el procedimiento del recurso la interposición de nuevas pretensiones y oposiciones, así como la reiteración de las pruebas producidas en primera instancia o la producción de nuevas prueba. **b)** En cambio, el *sistema restringido* no permite que en el procedimiento del recurso se aporten nuevas pretensiones ni se produzcan pruebas, sino que considera a la apelación como la "revisión" de la sentencia de primera instancia. Debe tenerse en cuenta que "revisar", según el Diccionario de la Real Academia Española, significa

¹ Podetti, Ramiro: *Tratado de los actos procesales*, Bs. As., Ediar, 1955, pág. 349.

"someter algo a un nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo". Por lo tanto, el tribunal de apelación debe limitarse a revisar la solución dada por el juez de primera instancia, basándose en el mismo material de conocimiento con que contaba este último². En este sistema restringido, es decir, de revisión de la sentencia de primera instancia, la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todo el material de hecho, ni de las cuestiones de derecho contenidas en la primera instancia, sino que el tribunal de alzada solamente habrá de considerar la apelación con el material de primera instancia³. c) Podría también distinguirse un tercer sistema, de carácter *ecléctico* o intermedio, que es el que adopta el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la generalidad de los ordenamientos argentinos, que, como principio, siguen el sistema restringido, aunque con algunas concesiones al sistema amplio; es decir, este sistema considera al recurso de apelación como una *revisión* de la sentencia de primera instancia a la luz del material aportado en ella, pero excepcionalmente permite la alegación de hechos nuevos y la producción de ciertas pruebas.

La admisión de uno u otro sistema depende de la finalidad que pretenda atribuirse al recurso de apelación: si a través de él se persigue reparar los errores u omisiones cometidas en la instancia anterior, debe adoptarse el sistema amplio (*novum iudicium*). En cambio, si se concibe al recurso de apelación como un medio de enmendar los posibles errores que pudiera haber cometido la decisión de primera instancia, debe seguirse el sistema restringido. En general la doctrina, no obstante los intentos legislativos en sentido distinto, ha señalado la superioridad del sistema restringido de revisión de la decisión anterior, y ser el que justifica la apelación⁴.

Conforme ya se señaló, el ordenamiento de la Nación y la generalidad de los códigos procesales provinciales siguen lo que hemos denominado sistema ecléctico. En consecuencia, por no ser el recurso de apelación un nuevo juicio sino la revisión de la sentencia impugnada es que, como principio, el tribunal de alzada está limitado a pronunciarse sobre los capítulos propuestos a decisión del juez de primera instancia, tal como expresamente lo dispone el art. 277 del CPCCN, salvo las excepciones que contempla la citada norma⁵; y valorando la prueba producida en primera instancia, salvo los supuestos excepcionales en que se admite la producción de pruebas en la alzada (art. 260 CPCC).

El recurso de apelación es la vía idónea para corregir los errores *in iudicando*, es decir,

² Reimundín, Ricardo: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Editorial Viracocha, 1957, tomo II, pág. 80.

³ Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972 y 1993, pág. 355.

⁴ Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, tomo II, pág. 731.

⁵ CNCiv., Sala F, 6-2-97, E.D. 173-242.

El art. 277 del cód. procesal veda expresamente al Tribunal de Alzada fallar sobre capítulos que no han sido propuestos a la decisión del juez de primera instancia (CNCiv., Sala C, 18-7-96, E.D. 171-358).

El tribunal de segunda instancia, en principio, no puede pronunciarse sobre capítulos no propuestos al juez de la instancia, pues nuestro ordenamiento procesal está organizado para impedir que la segunda instancia se convierta en un nuevo juicio (CNCiv., Sala E, 12-3-98, L.L. 1999-A-174, y DJ 1999-I-377).

los errores de juicio en que pudiera haber incurrido la sentencia recurrida⁶; pueden tratarse de vicios en la aplicación de las normas jurídicas⁷, o en la exposición de los *hechos*, o en la valoración de la *prueba*⁸. Así, se ha resuelto que por el recurso de apelación puede procurarse la reparación de las omisiones o erróneas opiniones en que pudiera haber incurrido el juez en la apreciación de la prueba producida o de los elementos constitutivos del proceso, dado que constituyen errores *in iuricando*⁹. Y por regla general, los errores o vicios *in procedendo* están fuera del ámbito de conocimiento del recurso de apelación¹⁰.

2) LA "DEVOLUCIÓN" DEL CONOCIMIENTO AL TRIBUNAL DE APELACIONES

Según ya hemos señalado, el recurso de apelación no es un nuevo juicio sino una revisión de la sentencia dictada en la instancia anterior. Se suele aludir a la *devolución* del conocimiento que se hace al tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación, expresión ésta que viene del derecho romano; se entendía que el Emperador delegaba su atribución de juzgar a los magistrados superiores, y éstos, a su vez, a los inferiores; por ello, entonces, cuando el juez en grado concedía un recurso ante el superior le devolvía la jurisdicción que le había sido delegada. Pero hoy en día, esta expresión carece de sentido por cuanto ningún magistrado ejerce su atribución de juzgar por delegación, sino que hay una distribución funcional de la competencia; no hay, entonces, delegación de funciones por parte de los órganos superiores a los inferiores, ni, consecuentemente, devolución de las mismas de éstos a aquellos¹¹. Sin embargo, se continúa utilizando esa expresión en la actualidad, tanto en los ordenamientos legales como por la doctrina y la jurisprudencia, a fin de indicar que el conocimiento del proceso pasa del tribunal *a quo* al tribunal *ad quem*¹².

⁶ ver Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 410.

⁷ Así, equivocada interpretación de una norma, prescindencia de aplicar la ley vigente (CNFed.CivCom., Sala II, 11-2-99, L.L. 1999-D-822, J. Agrup., caso 14.167).

⁸ Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág.503.

El recurso de apelación procede como remedio de aquellos errores que se vinculan no con aspectos formales de la sentencia sino con el fondo de las cuestiones resueltas, tales como: la apreciación de la prueba, equivocada interpretación de una norma, prescindencia de aplicar la ley vigente o como estima la parte demandada, omisión del órgano jurisdiccional de ponderar un elemento de juicio que estima relevante (CNFedCivCom, Sala II, 11-2-99, L.L. 1999-D-822, J. Agrup., caso 14.167).

⁹ CCivCom y Lab., Rafaela, 3-9-97, Rep.L.L., 1998-2168, n° 116; LL Litoral, 1998-I-355, y DJ 1998-B-1869.

¹⁰ CNCiv., Sala H, 18-7-97, L.L. 1998-A-225, y DJ 1998-2-195.

¹¹ Prieto Castro Ferrandiz, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1968, vol. I, pág. 652, nota 1; Ibañez Frocham, Manuel: *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Bs. As., La Ley, 1969, pág. 141/143; Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972, pág. 366; Palacio, Lino E.: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, V, pág. 101 y ss.; Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Edit. Platense-, 1969, t. III, pág. 347.

¹² Fassí, Santiago y Yañez, César D.: *Cód. Proc. C. y C. de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, págs. 292 y ss., comentario al art. 243.

3) EL TRIBUNAL DE APELACIONES SÓLO PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE LOS CAPÍTULO PROPUESTOS EN PRIMERA INSTANCIA, SALVO LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES EXPRESAMENTE CONTEMPLADOS EN LA LEY

El ámbito de conocimiento del juez de primera instancia está delimitado por las pretensiones y oposiciones formuladas en los escritos introductorios del proceso. Tales limitaciones también rigen, como principio, para el tribunal de apelaciones: en efecto, conforme ya se ha señalado, el ordenamiento de la Nación y la generalidad de los códigos procesales provinciales siguen el sistema que hemos calificado como ecléctico o intermedio, es decir, consideran que la apelación no es un nuevo juicio sino la revisión de la decisión en grado, aunque con ciertas concesiones a favor del primer sistema: en consecuencia, para estos ordenamientos el recurso de apelación, como principio, no es un nuevo juicio sino la revisión de lo decidido por la sentencia impugnada; y por tal motivo, entonces, es que, también como principio, el tribunal de alzada está limitado a pronunciarse sobre los capítulos propuestos a decisión del juez de primera instancia (art. 277 CPCCN), que son los únicos con relación a los cuales puede revisar si lo decidido es correcto o no¹³. Por respeto al *principio de congruencia*,

¹³ La limitación impuesta al Tribunal de Alzada por el art. 277 del cód. procesal, en el sentido de que solamente puede resolver respecto de aquéllos capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia en los escritos constitutivos del proceso, es coherente con la naturaleza jurídica del recurso de apelación, en el sentido de que no importa un nuevo juicio en el cual sea admisible la deducción de pretensiones u oposiciones ajenas a las que fueron objeto de demanda en la instancia precedente (CNCiv., Sala F, 6-2-97, E.D. 173-242).

El tribunal de alzada no realiza un nuevo juicio, sino que se encuentra limitado a tratar sólo aquello que fue materia de conocimiento en primera instancia, toda vez que el principio de congruencia constituye la columna vertebral del dispositivo del proceso, en la medida en que liga al juez a las pretensiones que se debaten en aquél (CNCiv., Sala F, 15-2-99, L.L. 2000-A-608, J. Agrup., caso 14.719).

Como la apelación no configura un nuevo juicio, el tribunal *ad quem* sólo puede emitir pronunciamiento válido respecto a las cuestiones involucradas en la pretensión de la actora y en las oposiciones de la demandada. En efecto, la relación procesal se inicia con la interposición de la demanda y se integra con su contestación, produciéndose así la fijación de las cuestiones sometidas al pronunciamiento del órgano jurisdiccional (C4°CivComMinasPaz y Trib Mendoza, 10-7-97, Rep.L.L. año 1998, pág. 2163, n° 70, y LL, 1998-D-490).

No es proedente en la expresión de agravios suplir la falta de contestación de la demanda pretendiendo en consecuencia que el tribunal se pronuncie sobre temas que no fueron planteados oportunamente en la instancia de origen (CApelCivCom Mercedes, sala I, 8-2-90, E.D. 142-300).

Es inadmisibles la introducción en la alzada de materias no propuestas en primera instancia, en virtud del principio de congruencia, que entronca directamente con la garantía constitucional de defensa en juicio de la contraparte (CNFedCivCom., Sala II, 10-8-00, L.L. 2001-B-650).

El tribunal de apelaciones no puede pronunciarse sobre cuestiones que no fueron articuladas previamente ante el juez de primera instancia (CNFedCont-adm., Sala III, 7-3-00, L.L. 2001-B-860, J. Agrup., caso 15.553).

El tribunal de segunda instancia, en principio, no puede pronunciarse sobre capítulos no propuestos al juez de la instancia, pues nuestro ordenamiento procesal está organizado para impedir que la segunda instancia se convierte en un nuevo juicio (CNCiv., Sala E, 12-3-98, L.L. 1999-A-174, y DJ 1999-I-377).

La cuestión que no fue propuesta al juez no puede ser materia de apelación, pues ésta presupone la previa consideración por el magistrado de los hechos sometidos a su decisión (CLabPaz Corrientes, 24-3-00, L.L. 2001-A-639, 43.270-S, y L.L. Litoral, 2000-1213).

Si bien el recurso de apelación abre la jurisdicción de la alzada a los efectos de resolver la justicia de las resoluciones impugnadas, incluyendo los agravios por vicios de procedimiento, de ninguna manera posibilita decidir en grado de apelación con prescindencia o más allá de las cuestiones planteadas ante el juez de primer grado (SCMendoza, Sala I, 24-4-01, Rep.L.L. año 2001, 1807, n° 57, y LL Gran Cuyo, 2001-643).

entonces, el tribunal de alzada está limitado por los hechos y pretensiones deducidas oportunamente en primera instancia, sin perjuicio de los límites que el apelante hubiera impuesto al recurso¹⁴.

Sólo, como excepción, los ordenamientos legales permiten a las partes plantear en segunda instancia capítulos distintos de los de primera instancia, normalmente referidos a circunstancias ocurridas con posterioridad a la sentencia de primera instancia, sobre los que también puede pronunciarse el tribunal de alzada. Al respecto, el art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que, como principio "*el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia*". Sin embargo, a continuación marca las excepciones, y dice que "*no obstante deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia*"¹⁵.

4) EL PRINCIPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM"

Aparte de la limitación señalada en el título anterior, el tribunal de alzada también se encuentra circunscripto por lo que ha sido objeto de apelación y de agravios¹⁶: en tal sentido

Es improcedente la alegación en segunda instancia de hechos total o parcialmente impeditivos de la demanda, si los mismos no fueron invocados, en forma clara y concreta, al tiempo de la contestación, ya que quedaron al margen de la litis (CNCiv., Sala G, 8-3-00, L.L. 2000E'920, J. Agrup., caso 15.234).

¹⁴ Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *El principio de congruencia y los límites de la alzada*, E.D. 162-193.

El art. 277 del Código Procesal veda expresamente el tratamiento de hechos que no hubieran sido materia propuesta al pronunciamiento de primera instancia pues, de lo contrario, se pondría en indefensión a la contraparte (CNTrab., Sala X, 28-4-99, Rep.L.L. 1999-2166, n° 84, y DT 1999-B-2294).

¹⁵ CNCiv., Sala F, 6-2-97, E.D. 173-242.

El art. 277 del cód. procesal veda expresamente al Tribunal de Alzada fallar sobre capítulos que no han sido propuestos a la decisión del juez de primera instancia (CNCiv., Sala C, 18-7-96, E.D. 171-358).

Aunque el tribunal de alzada no puede expedirse sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, sí debe resolver respecto de aquellas cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia apelada, resultando aplicable en lo pertinente la preceptiva del art. 163 inc. 6°, párr. 2° de la ley ritual (CNCiv., Sala B, 4-7-91, E.D. 143-660).

El tribunal de alzada se encuentra facultado para resolver sobre las situaciones que intermedian entre lo decidido en la instancia de origen y los agravios formulados por el apelante, siempre que la solución a la que se arribe se encuentre implícitamente sometida a su jurisdicción (C2°CivCom Parana, 23-12-97, L.L. 1998-F-879, 41.078-S. yLL Litoral, 1998-1-798).

¹⁶ El ordenamiento procesal sólo atribuye al tribunal de segunda instancia la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos por ante ella, limitación ésta que tiene jerarquía constitucional (CSJN, 2-7-96, Rep. E.D. 31-709, n° 6).

Los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos para ante ellos, que determinan el ámbito de su competencia decisoria (CSJN, 27-12-96, Rep.E.D. 31-709, n° 7).

La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Carta Magna (CSJN, 13-10-94, E.D. 162-193, con nota de Osvaldo Alfredo Gozaíni: *El principio de congruencia y los límites de la alzada*)

Si el apelante del fallo de primera instancia impugnó en sus agravios la totalidad de lo resuelto en él, revirtió a la Cámara la plenitud de su jurisdicción (CSJN, 4-8-77, L.L. 1978-A-204; Id., 8-3-77, Rep.E.D. 11-801, n° 34, y Fallos 297-130).

el art. 271 del CPCCN dice que el tribunal de alzada debe examinar aquellas cuestiones de hecho y de derecho "*sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios*". A esta última limitación se refiere el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, en virtud del cual el conocimiento del tribunal de alzada con motivo de un recurso de apelación se encuentra enmarcado por los límites que el propio apelante le impuso al interponerlo y al expresar los agravios¹⁷. Consecuentemente, si se apeló de la totalidad del fallo, puede confirmarlo o revocarlo íntegramente¹⁸, o confirmarlo en parte y revocarlo en otra¹⁹; y si por el recurso se impugnó sólo una parte del fallo, el pronunciamiento de la alzada debe limitarse a revisar esa única parte apelada (pudiendo revocarla o confirmarla en su totalidad o parcialmente), y no las demás que, al no haber recurso en su contra, han quedado firmes²⁰.

Por aplicación del citado principio, entonces, el tribunal de apelaciones se encuentra limitado en la extensión de las cuestiones sobre las que debe resolver; pero no en cuanto a los elementos propios de la jurisdicción, que los detenta en plenitud (sobre el tema ver *infra*, el título "El tribunal de apelaciones asume la plenitud de la jurisdicción").

Una situación particular presentan aquellas *cuestiones planteadas por el vencedor en primera instancia sobre las que no hubo pronunciamiento o fueron rechazados por la sentencia de esa instancia*: como es el vencedor quien ha planteado estas cuestiones, carece

¹⁷ La jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos deducidos ante ellos, limitación esta que tiene garantía constitucional (CSJN, 27-8-93, Rep.E.D. 28-512, n° 8).

Esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras de Apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional (CSJN, 25-2-92, E.D. 148-464, con nota de Bidart Campos: *El principio de congruencia*, E.D. 148-466).

¹⁸ Cuando, en su expresión de agravios, el apelante ataca la totalidad de lo resuelto en la anterior instancia, peticionando la completa revocación del fallo, es resorte del tribunal de alzada conocer respecto de todas las argumentaciones esgrimidas por las partes, asumiendo así la jurisdicción en plenitud. Es que, en tales términos, el efecto de la apelación importa la sumisión integral del proceso a la Cámara, quien conoce *ex novo* sobre todas las cuestiones controvertidas con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a los del juez de grado (CNCiv., Sala H, 29-2-96, L.L. 1998-D.918, J. Agrup., caso 12.942).

¹⁹ Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972, pág. 366/367.

Cuando el apelante ataca al expresar agravios la totalidad de lo resuelto en la instancia anterior, pidiendo que se lo revoque en forma completa, ello revierte al tribunal de alzada la totalidad de su jurisdicción, de modo que al analizar ampliamente los extremos debatidos en el caso, aquél ejerce en forma normal la competencia apelada (CSJN, 8-3-77, Fallos 297-130, y L.L. 1978-A-204)

²⁰ Pese a que en virtud del principio de plenitud de la jurisdicción de la alzada, en nuestro sistema procesal, la revisión puede ejercerse con amplitud, los poderes concretos del tribunal de grado están enmarcados por los límites que el propio apelante impuso a su queja y, por consiguiente, ineludiblemente a lo que fue materia de expresión de agravios (CNCiv., Sala B, 27-5-74, E.D. 55.196, y L.L. 156-895. n° 491: Id. Id., 12-12-75, L.L. 1976-A-489, 33.200-S; Id. Sala C, 20-10-83, L.L. 1984-B-327 y E.D. 107-247).

Aunque la sentencia haya sido apelada en su totalidad, queda consentido en aquellas partes en relación a las cuales no se expresan agravios (CNCiv., Sala D, 17-2-67, E.D. 21-673), o que no lo haya sido eficazmente (C1°CivCom La Plata, Sala III, 21-12-72, L.L. 150-339).

Las poestades decisorias del tribunal de alzada se encuentran circunscriptas al conocimiento de aquellas cuestiones que hayan sido sometidas a su decisión, estándole vedado emitir pronunciamiento con respecto a las materias que, resueltas en primera instancia en contra del apelante, son excluidas por éste al interponer el recurso de apelación (CSJN, 14-10-92, Rep.E.D. 27-532, n° 8).

de interés en apelar de la sentencia que no se ha pronunciado sobre las mismas o las ha rechazado. Pero si apela la parte contraria, tales planteos quedan implícitamente sometidos al tribunal de alzada en virtud del recurso interpuesto (por eso se suele hablar de "apelaciones implícitas"²¹). En estos casos, si el tribunal de alzada considera procedentes los agravios del recurrente, no por ello debe acoger el recurso de apelación y revocar la sentencia, sino que debe entrar a conocer también de estas cuestiones rechazadas o no consideradas por el juez de primera instancia, y luego de ello podrá resolver sobre la confirmación o revocación de la decisión en grado²². Hay quienes consideran que para que el tribunal de alzada pueda analizar estas cuestiones debe existir un planteo expreso de la vencedora al contestar los agravios²³; consideramos, sin embargo, siguiendo gran parte de la doctrina y jurisprudencia, que no es necesario reiteración alguna, y que el tribunal debe analizarlas aun cuando el apelado no haya contestado los agravios²⁴.

²¹ Se ha señalado que esto que se conoce con el nombre de "apelación implícita", en rigor no se debería considerar "recurso" (No hay expresión de voluntad en tal sentido por parte de los litigantes) sino más bien el ejercicio de un deber impuesto por la ley al tribunal revisor (CApelCivCom Mar del Plata, sala II, 7-9-99, E.D. 187-518, con nota de Jorge W. Payrano: *Apostillas sobre la denominada "apelación implícita"*).

²² Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 465; Podetti, Ramiro: *Tratado de los recursos*, Bs. As., Ediar, 1958, pág. 125, 148; Loutayf Ranea, Roberto G.: "El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil", Bs. As., Astrea, 1989, t. I, pág. 127 y ss., n° 44; Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la apelación (Solución de cuestiones, vencimiento y "devolución" implícita)*, E.D. 195-1068; SCBs.As., 30-9-69, L.L. 137-841, 22.340; C1°Apel. Mar del Plata, 23-5-67, L.L. 127-1135, 15.652-S; CApel.CivCom Mar del Plata, sala II, 7-9-99, E.D. 187-518, con nota de Peyrano, Jorge W.: *Apostillas sobre la denominada "apelación implícita"*; CApelCivCom Azul, sala II, 19-3-96, E.D. 171-622; CApelCivCom Morón, Sala II, 23-4-91, E.D. 144-444; CNCiv., Sala A, 29-3-74, E.D. 55-552; Id., Sala C, 7-10-75, voto del Dr. Augusto C. Belluscio, E.D. 68-456; Id., Sala D, 12-8-60, J.A. 1961-IV-184;

Dentro de aquello que es materia de apelación, la alzada asume la plenitud de jurisdicción y se encuentra en la misma situación en la que se encontraba el juez de primer grado, pudiendo valorar cuestiones que este último no mencionara en su sentencia (TSCórdoba, Sala civil y com., 18-8-98, Rep.L.L. 1998-2165, n° 84, LLC, 1998-1265).

²³ Fassí, Santiago y Yañez, César: "Cód. Proc. C. y C. de la Nac.", Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 511, comentario al art. 278; CNCiv., Sala C, 10-7-63, L.L. 112-107; Id., Sala B, 15-10-74, L.L. 1975-A-393.

²⁴ Palacio: *derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 466; Hitters: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 422/424 y 425/426; Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la Apelación (Solución de cuestiones, vencimiento y "devolución" implícita)*, E.D. 195-1068; CNCiv., Sala A, 5-6-63, voto del Doctor Llambías, E.D. 4-938; Id., Sla C, 7-10-75, voto del Dr. Belluscio, E.D. 68-456.

Las defensas, argumentos o motivos alegados por el vencedor en primera instancia que fueron rechazados o no considerados por el *a quo* quedan -mediante el recurso concedido al vencido- implícitamente sometidas al conocimiento del tribunal de segundo grado; por lo tanto si la Cámara revoca la decisión de primera instancia no debe devolver la causa al juez para que se pronuncie sobre las otras defensas o argumentos no analizados por este último en su sentencia, sino que el Tribunal *ad quem* debe resolver directamente todos los temas que integran la relación procesal sin que con ese proceder se vulnere la defensa en juicio ni el principio de igualdad ni el régimen de la doble instancia. Esto se conoce con el nombre de "apelación implícita" aunque -en rigor- no se debería considerar "recurso" (No hay expresión de voluntad en tal sentido por parte de los litigantes) sino más bien el ejercicio de un deber impuesto por la ley al tribunal revisor (CApel.CivCom Mar del Plta, sala II, 7-9-99, E.D. 187-518, con nota de Pyerano, Jorge W.: *Apostillas sobre la denominad "apelación implícita"*).

Todas las cuestiones propuestas por la vencedora quedan sometidas a la alzada y deben ser tratadas tal y como si realmente hubiera habido una adhesión al recurso por parte de la gananciosa, aun en ausencia de un concreto replanteo por la apelada al contestar la expresión de agravios. Los tribunales ordinarios de apelación no constituyen una instancia de casación, por lo que, si revocan una decisión no pueden reenviar la causa para que sea fallada nuevamente, sino que deben pronunciarse sobre todas las cuestiones de fondo que quedaron sometidas a su conocimiento (CApelCivCom Bahía Blanca, Sala I, 28-10-93, E.D. 158-309).

5) LAS LIMITACIONES DEL TRIBUNAL DE ALZADA COMO APLICACIONES DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

La doble limitación que tiene el tribunal de alzada en cuanto, por un lado, no puede pronunciarse sobre "capítulos" no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, y por el otro, no puede exceder de lo que ha sido materia de recurso y agravios, constituyen manifestaciones del *principio dispositivo*, el cual establece que las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa. Y su violación implicaría la afectación del derecho de propiedad y de la garantía de la defensa en juicio consagrados por la Constitución Nacional²⁵. Así como toda persona, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, es libre de celebrar o no un contrato, o de ejercer o no un derecho, de la misma manera, por aplicación del citado principio, también tiene autonomía o libertad para disponer de sus derechos subjetivos mediante la solicitud o no de la tutela jurisdiccional del Estado, tanto en lo que somete a decisión de la primera instancia, como de la segunda²⁶. Constituyen manifestaciones o aplicaciones del principio dispositivo el de *iniciativa de parte*, según el cual las partes tienen la libertad de solicitar o no la protección jurisdiccional y de delimitar el *thema decidendum*; por ello se dice que la jurisdicción es siempre provocada y no actúa de oficio (*ne procedat iudex ex officio*). Igualmente los principios que establecen que las partes tienen la *carga de la alegación de los "hechos"* en que fundan sus respectivas pretensiones o defensas, como también la *carga de aportación de la prueba de esos hechos*. Y estos principios no sólo tienen aplicación en primera instancia, sino también en la segunda, dado que depende de la iniciativa de parte la interposición del recurso de apelación y la delimitación de lo que se somete a consideración del tribunal de alzada, como también las partes tienen la carga de la alegación de los *hechos* y la de producción de las *pruebas* en los supuestos en que excepcionalmente los ordenamientos procesales autorizan a hacerlo. También constituye una manifestación del principio dispositivo el *principio de congruencia* (arts. 34 inc. 4º, 163 inc. 6º del CPCCN), que va dirigido al sentenciante indicándole que su decisión debe guardar relación con las pretensiones, partes y hechos de la litis; y para el tribunal de alzada, este principio establece que la sentencia en el recurso de apelación debe guardar conformidad, no sólo con los planteos formulados en primera instancia, sino que, por aplicación del principio *tantum*

²⁵ CSJN, 2-12-80, Rep.E.D. 15-801, nº 64; CNCiv., Sala C, 12-5-83, L.L. 1984-A-489, 36.542-S; Id. Id., 23-6-76, E.D.68-394; Id., Sala B, 2-7-75, E.D. 64-514.

²⁶ Loutayf Ranea, Roberto G.: *Principio dispositivo*, en "Revista de Estudios Procesales" del centro de Estudios Procesales de Rosario, 1972, nº 12, pág. 13; *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 1, pág. 114.

El principio según el cual los tribunales de alzada no deben exceder la jurisdicción devuelta para ante ellos en materia civil, encuentra fundamento en la autonomía de la voluntad (CSJN, 4-11-64, E.D. 10-291, y Rep.E.D. 2-1207, nº 162).

devolutum quantum appellatum, también debe guardar adecuación con lo que ha sido objeto de apelación y agravio, no pudiendo exceder de aquellos planteos ni de los límites que el apelante ha puesto al recurso (art. 34 inc. 4°; 163, inc. 6° y 164 CPCCN)²⁷. Y así como el tribunal de apelaciones no puede dar más de lo pedido por el apelante, por aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius* (que es otra manifestación del principio dispositivo, del de iniciativa de parte, del *tantum devolutum quantum appellatum* y del de congruencia) tampoco puede resolver en perjuicio del apelante si no existe recurso de la contraparte²⁸; y ello cuenta en nuestro derecho con respaldo constitucional, pues preserva la vigencia de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.) y el derecho de propiedad (art. 17 Const. Nac.), en tanto, respectivamente, impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede para lograr su eventual mejora, y asegura la estabilidad de las resoluciones judiciales que, en los aspectos no impugnados, configuran un derecho adquirido para la parte a quien benefician²⁹; y en el orden legal, no obstante existir opiniones diferentes, el principio en cuestión encuentra respaldo en el art. 271, párr. 1° del CPCCN que dice que el tribunal deberá examinar sólo "*las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de gravios*"³⁰.

También constituye una manifestación del principio dispositivo el *desistimiento* del recurso, que puede ser expreso o tácito³¹.

²⁷ Sobre el tema, ver Peyrano, Jorge W.: *El Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1978, pág. 64; Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. I, pág. 517; De la Rúa, Fernando: *Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil*, L.L. 1982-B-102; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, t. I, pág. 115; Gozáini, Osvaldo Alfredo: *El principio de congruencia y los límites de la alzada*, E.D. 162-193.

Esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras de Apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional (CSJN, 25-2-92, E.D. 148-464, con nota de Bidart Campos: *El principio de congruencia*, E.D. 148-466).

²⁸ Habiendo apelado una sola de las partes, el resultado del recurso no puede desembocar en que el recurrente quede en peor situación que la que tenía ante la resolución impugnada (CCivComCont-adm San Francisco, 31-5-99, Rep.L.L. 2000-2117, n° 101, LLC 2000-880, 356-S).

²⁹ CNCiv., Sala A, 15-3-83, L.L. 1983-C-223; De la Rúa, Fernando: *Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil*, L.L. 1982-B-102; Hitters, Juan Carlos: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 131/132; Fairén Guillen, Víctor: *Los medios de impugnación*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 361/362; Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la Apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, E.D. 195-959.

³⁰ Sobre el tema, ver Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, E.D. 195-595, especialmente ap. 20 y ss.

³¹ A falta de una manifestación expresa, la intención de renunciar puede resultar de cualquier manifestación o actitud en los autos, que sea incompatible con la pretensión jurídica, lo cual podría conducir a entender que el desistimiento del recurso de apelación puede ser expreso o tácito, considerando que este último opera cuando no se funda o mantiene el recurso en el momento procesal oportuno -deserción-, o si el apelante cumplió la condena recurrida (CNCiv., Sala A, 29-3-96, E.D.169-81).

6) EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DEL RECURSO

El principio de la "*personalidad*" de la apelación considera que interpuesto un recurso, él aprovecha únicamente a la persona que lo ha deducido. Opuesto a este principio está el de la "comunidad" del recurso, que considera que el recurso interpuesto por uno de los litigantes aprovecha también a los demás³²; dentro de esta segunda posición, hay quienes sostienen que la apelación interpuesta por uno de los litigantes aprovecha también a todos aquellos que se encuentran ocupando la misma situación de parte que el recurrente; otros, en cambio, van más allá y consideran que los efectos del recurso interpuesto por uno de los litigantes alcanzan también a quienes se encuentran ocupando la situación de parte contraria³³.

La legislación argentina, en general ha mantenido el sistema de personalidad de la apelación. Así, el art. 271 del Código de la Nación sólo autoriza al tribunal de alzada a examinar las cuestiones de hecho y de derecho planteadas al juez de primera instancia "*que hubieran sido materia de agravios*".

En los casos de *litisconsorcio necesario*, la doctrina y jurisprudencia han considerado, en general, que el recurso de apelación interpuesto por uno de los litisconsortes favorece también a los demás, cuando se trata de resoluciones judiciales que versan sobre cuestiones comunes; no así cuando se trate de cuestiones personales o individuales de un litisconsorte, en que él es el único legitimado para interponer apelación (en caso de serle desfavorable la resolución), y la decisión que se emita sólo lo alcanza al apelante, y no a los demás litisconsortes³⁴.

La divergencia de opiniones se ha suscitado en los supuestos de *litisconsorcio facultativo*. **a)** Una posición, en la que se encuentra Palacio, considera que cuando se trata del juzgamiento de *hechos comunes* a todos los litisconsortes (no de defensas concernientes a hechos personales), la sentencia debe tener, inevitablemente, un único contenido para la totalidad de las personas que integran el litisconsorcio; la vigencia del principio dispositivo, agrega, no puede llegar al extremo de convalidar la coexistencia, en una misma causa, de normas individuales ostensiblemente contradictorias sobre un mismo hecho³⁵. **b)** Otra

³² Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 1, pág. 81.

³³ Devis Echandía, Hernando: *Recursos contra las providencias del juez*, en "Nociones generales de derecho procesal civil", Madrid, Aguilar, 1966, pág. 663, específicamente págs. 675/676; Sobre el tema, ver Peyrano, Jorge W.: *El Proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1978, pág. 68 y 122/123; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, t. 1, pág. 83/84.

³⁴ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1976, tomo III, pág. 216/217.

³⁵ Palacio: *Efectos del recurso interpuesto por un litisconsorte en el caso de litisconsorcio facultativo*, E.D. 153-568.

Dado que las obligaciones emergentes de la relación entre los copartícipes y los responsables indirectos de un cuasidelito son de las llamadas *in solidum*, caracterizadas por el hecho de que si bien la responsabilidad reconoce diversas causas para cada obligado, que debe resarcir a un único acreedor mediante el cumplimiento de la misma prestación, concurriendo en el mismo objeto, el contenido económico de la obligación no puede ser más que uno, motivo por el cual la reducción de la condena dispuesta por la alzada favorezca a todos los

posición, a la que hemos adherido³⁶, sostiene que el recurso de apelación interpuesto por un litisconsorte voluntario no beneficia al otro que consintió la condena, rigiendo el principio de la disponibilidad del derecho³⁷. La segunda instancia sólo se abre para el litigante que recurrió el pronunciamiento anterior; en cambio, para quien no lo hizo, la etapa de apelación precluyó, la sentencia recaída se convierte en definitiva a su respecto y el juicio terminó, no pudiendo el tribunal de alzada revisar lo que en primera instancia quedó consentido³⁸. Y no cambia la cuestión la posibilidad de que existan sentencias contradictorias³⁹. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos ante ellos resolviendo sobre cuestiones que han quedado firmes, como ocurre en el caso en que el *a quo* rechazó la demanda respecto de una codemandada, quien no había apelado el fallo de primera instancia⁴⁰. También ha señalado el alto Tribunal que la competencia devuelta de los tribunales de alzada tiene el límite proveniente de restringir el alcance del pronunciamiento a los sujetos procesales que instaron su intervención, pues si se prescinde de dicha limitación resolviendo cuestiones que han quedado firmes para las partes que no recurrieron la sentencia, se causa agravio a las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio⁴¹.

obligados, incluso a quienes consintieron la sentencia de primera instancia (*del voto de la mayoría*) (CJ Bs. As., 15-6-99, J.A.2000-I-530, con nota de Chappini, Julio: *Gravitación de la acción penal sobre la civil y efectos extensivos de los recursos*, J.A. 2000-I-539).).

La regla de la personalidad de los recursos subsiste en la medida en que cada una de las prestaciones que dispone la condena tenga cierta independencia; más cuando el contenido del decisorio es indivisible o solidario y todos los legitimados pasivos deben saldar un crédito común, renace el criterio de la extensión subjetiva de los recursos. La excepción a la regla de la personalidad de la apelación, que ocurre cuando la condena involucra obligaciones solidarias, indivisibles o *in solidum*, encuentra fundamento en la necesidad de evitar pronunciamientos judiciales contrapuestos que se acentúa si ese contrapunto surge de la misma sentencia. Aun reconociendo la existencia de ciertos rasgos distintivos entre las obligaciones solidarias y las *in solidum*, tales diferencias no son de esencia, ni suficientes para desglosarlas de las pautas de la solidaridad, a los fines de hacer excepción respecto de ellas, al principio procesal de la personalidad de los recursos, retornando al postulado del *benefici communi remedii*. En los casos de obligaciones concurrentes o *in solidum*, los actos realizados por un litisconsorte perjudican y benefician a los otros, no tanto por el efecto de la relación procesal, cuanto por lo que surge del derecho sustancial sobre la base de lo dispuesto por los arts. 699, 705, 706, 716 y 717 del Cód. Civil (*del voto del Dr. Juan Carlos Hitters*) (CJ Bs. As., 15-6-99, J.A. 2000-I-530, con nota de Chiappini, Julio: *Gravitación de la acción penal sobre la civil y efectos extensivos de los recursos*, J.A. 2000-I-539).

³⁶ Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 1, págs. 100/111

³⁷ CJ Mendoza, Sala I, voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, 11-5-92, E.D. 153-568.

Existiendo un "litis consorcio" pasivo de carácter facultativo, el demandado que no apela la sentencia que lo desfavorece no puede ser beneficiado por el recurso de apelación que articularan otros en la misma situación de parte (CCivCom, 8° Nom., Córdoba, 27-2-01, Rep.L.L. año 2001-1807, n° 67, y LLC, 2001-911).

³⁸ Wetzler Malbran, Alfredo Ricardo: *Los recursos en el litisconsorcio facultativo y la sentencia revocatoria en la alzada*, E.D. 154-1031; Chiappini, Julio: *Efecto extensivo del recurso de apelación en el litisconsorcio pasivo facultativo: en defensa de un fallo*, E.D. 154-1035, y *Recursos Procesales*, Santa Fe, 1995, pág. 139.

³⁹ Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972 y 1993, pág. 369/370

⁴⁰ CSJN, 1-4-82, Rep. E.D. 16-762, n° 41.

⁴¹ CSJN, 23-12-97, E.D. 180-295.

La circunstancia de que por deserción del recurso haya quedado firme respecto de uno de los codemandados la responsabilidad que se le atribuye en el fallo de primera instancia, no impide que la alzada, sin modificar el monto de la condena que le fuere impuesta, pueda variar el porcentaje de culpa que con relación a él fijó el *a quo*, dada la pluralidad de codemandados apelantes (CNCiv., Sala A, integrada por los Dres. Jorge

Situación particular se presenta en los supuestos en que interviene una compañía aseguradora: el asegurador no resulta ajeno al tema de la responsabilidad que pueda pesar sobre su asegurado. Por el contrario, ella constituye un presupuesto necesario de su obligación de indemnizar (contracara de la de mantener la indemnidad del asegurado), reclamada por el tercero a través de la citación en garantía, mediante la cual busca condenarlo y ejecutarle la sentencia. Por ello, el asegurador tiene derecho a invocar y probar lo que corresponda respecto de esa pretensión del reclamante de que se declare la responsabilidad del asegurado (es decir, sobre la existencia del hecho, la responsabilidad civil del demandado imputado o tercero civilmente demandado, la extensión del daño, el monto de la condena, etc.), y se le debe permitir, asimismo, interponer los recursos que el procedimiento conceda al demandado; lo contrario implicaría privarlo de su derecho de defensa y condenarlo en función de un hecho sobre el que se le impidió debatir y recurrir⁴². Y es lógico admitir que la aseguradora citada en garantía esté legitimada para recurrir una sentencia adversa, con autonomía de la actitud seguida por el asegurado: por la obligación que el corresponde a aquélla de mantener indemne al asegurado (art. 109, ley 17.4.18) y por la posibilidad de que la sentencia condenatoria se ejecute en su contra en la medida del seguro (art. 118), no hay duda de que aquélla está interesada en recurrir la sentencia que resulte adversa tanto para el asegurado como para ella. Por tales circunstancias también es que, según la mayoría de opiniones, la ley ha exigido que si participa la aseguradora en el juicio también debe participar el asegurado, con lo que se conforma entre ambos una situación prácticamente equiparable a un litisconsorcio necesario al no poderse dictar una sentencia útil sobre el asunto si no es con relación a los dos⁴³. Sobre la base de todo ello resulta lógico concluir también que en este

Garzón Maceda, Jorge J. Llambías y Rodolfo de Abelleira, L.L. 139-350).

Cuando se acciona por daños y perjuicios y media un litisconsorcio facultativo, si uno de los codemandados apeló la sentencia de primera instancia y obtuvo una reducción en la condena y al otro se le declaró desierto el recurso, éste no puede ampararse en tal reducción, pues el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia sólo beneficia a quien lo deduce (C1°CivCom Mercedes, 27-12-74, L.L. 1975-B-641).

Por aplicación del principio de la personalidad de la apelación, debe reputarse firme la condena impuesta a un obligado *in solidum* que la consintió, sea cual fuere la suerte de la apelación de otro obligado de igual tipo (CJ Bs. As., voto en disidencia del Dr. Eduardo de Lázzari, 15-6-99, J.A. 2000-I-530, con nota de Chiappini, Julio: *Gravitación de la acción penal sobre la civil y efectos extensivos de los recursos*, J.A. 2000-I-539).

⁴² Barbato, Nicolás H.: *La citación en garantía del asegurador*, E.D. 150-149, ap. VIII, g; Creus, Carlos: *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1985, pág. 139; Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis: *La acción civil en sede penal*, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 464.

Aun cuando la aseguradora citada en garantía no revista la condición de demandada ni condenada, se halla debidamente facultada para impugnar la sentencia dictada contra el civilmente responsable en función de una legitimación implícita, pues no es el Código Procesal Penal el que le otorga el poder de recurrir sino su situación de agravio futuro, ya que en el trámite de ejecución ulterior se le opondrá el título sentencial originado en sede penal (CJSalta, 14-8-00, Libro de protocolo 75, págs. 683/690; id., 10-2-03, Libro de protocolo 83, págs. 43/46)

⁴³ Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis: *La acción civil en sede penal*, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 465.

No hay dudas que es particular el supuesto que se presenta en los casos de participación del asegurador. Es verdad que el damnificado que ha demandado al asegurado puede, si quiere, citar o no en

supuesto particular el recurso interpuesto por la aseguradora, en caso de resultar favorable, tenga efecto extensivo con relación al asegurado aun cuando no haya recurrido⁴⁴. Del mismo modo, aunque invocando distintos fundamentos, la mayor parte de la jurisprudencia ha reconocido legitimación a la aseguradora para recurrir con prescindencia de la actitud adoptada por el asegurado⁴⁵.

7) EL TRIBUNAL DE APELACIONES ASUME LA PLENITUD DE LA JURISDICCIÓN

Si bien, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, el tribunal de apelaciones debe ceñirse a los puntos objeto de apelación y de agravios, con relación a lo que debe pronunciarse, con relación a lo que debe revisar, goza de la **plenitud de la jurisdicción**, es decir, de todos los elementos, poderes o atributos de tal función, de la misma manera que el tribunal de primera instancia⁴⁶.

El tribunal de alzada, como consecuencia del recurso de apelación, entonces, asume la garantía al asegurador, ya que se trata de algo voluntario para él, es una facultad suya hacerlo o no, puesto que la ley no lo obliga a citar al asegurador y puede dictarse una sentencia útil sin la participación de este último. Pero si el asegurador es citado al proceso, ya sea por el damnificado o por el asegurado, y en tal supuesto, según lo entiende la opinión mayoritaria, la ley sustancial exige también la participación necesaria de este último, resulta lógico concluir que en tal caso se conforme entre asegurador y asegurado, si no propiamente un litisconsorcio pasivo *necesario*, al menos una situación prácticamente equiparable, por cuanto no podría dictarse una sentencia útil respecto del asegurador solamente, sino que la ley exige que lo sea con relación a ambos litisconsortes (art. 89 CPCC) (Barbato, Nicolás H.: *La citación en garantía del asegurador*, E.D. 150-149, ap. VIII, "h" e "y"; Meilij, Gustavo R. y Barbato, Nicolás H.: *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus, 1975, pág 351; CCivCom Santa Fe, Sala II, 22-11-78, RepL.L., XL 2334, n° 81; Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis: *La acción civil en sede penal*, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 462).

Cuando la citada en garantía asume la dirección del proceso está legitimada para apelar la sentencia. Debe necesariamente consagrarse el efecto expansivo de esta última, ya sea por considerárselo un supuesto asimilable a un litisconsorcio necesario, o por otras razones, como el enriquecimiento sin causa, la idea de intervención o sustituciones, etc. (SC Mendoza, Sala I, 1-4-92, E.D. 147-170, con nota de Meilij, Gustavo R.: *La dirección del proceso y el asegurador citado en garantía*).

La citación en garantía del asegurador significa transformarlo en parte, su intervención se asimila a la de un litisconsorcio pasivo necesario, por lo cual puede esgrimir todas las facultades que confieren los códigos procesales a las partes principales del proceso, con la sola limitación de no poder oponer las defensas nacidas después del siniestro (Pantanali, Norberto J.: *El seguro de responsabilidad civil y la citación en garantía del asegurador (Su interpretación en la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)*, L.L. 1996-E-789).

⁴⁴ Pantanali, Norberto J.: *El seguro de responsabilidad civil y la citación en garantía del asegurador (Su interpretación en la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)*, L.L. 1996-E-789; Meilij, Gustavo R. y Barbato, Nicolás H.: *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus, 1975, pág 352/353, n° 406 in fine; Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis: *La acción civil en sede penal*, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 464.

Cuando la citada en garantía asume la dirección del proceso está legitimada para apelar la sentencia. Debe necesariamente consagrarse el efecto expansivo de esta última, ya sea por considerárselo un supuesto asimilable a un litisconsorcio necesario, o por otras razones, como el enriquecimiento sin causa, la idea de intervención o sustituciones, etc. (SC Mendoza, Sala I, 1-4-92, E.D. 147-170, con nota de Meilij, Gustavo R.: *La dirección del proceso y el asegurador citado en garantía*).

⁴⁵ Ver Meilij: *El asegurador como litisconsorte*, E.D. 150-584; Barbato: *La citación en garantía del asegurador*, E.D. 150-149, ap. VIII, g; CSJN, 21-4-92, L.L. 1992-D-480; SC Mendoza, Sala I, 1-4-92, E.D. 147-170; SC Bs. As., 10-6-97, E.D. 174-329, y J.A. 1997-IV-633; CNCom., Sala B, 26-5-92, E.D. 152-727; CNEspCivCom, Sala II, 20-11-79, RepL.L. XL-2333, n° 72.

La aseguradora citada en garantía está legitimada para recurrir un pronunciamiento adverso, con autonomía de la actitud seguida por el asegurado (CSJN, 27-11-90, Rep.E.D. 25-1104, n° 42, y Fallos 315-698).

Es apelable por la aseguradora citada en garantía la sentencia consentida por su asegurado (CNCiv., en pleno, 23-9-91, E.D. 144-510).

plenitud de la Jurisdicción, expresión con la que se quiere significar que dentro de lo que es materia de revisión, el tribunal de apelaciones asume el pleno conocimiento⁴⁷, y se encuentra en la misma situación que en la que se encontraba el juez en grado; es decir, el tribunal de alzada tiene la misma amplitud de conocimiento que el juez de primera instancia⁴⁸, y se encuentra frente a la reclamación en la misma posición que este último⁴⁹.

El recurso de apelación, entonces, si se fundamenta adecuadamente, y dentro de los límites impuestos por el apelante, abre la posibilidad amplia de valoración de las ***cuestiones de hecho*** que han sido aportadas al juez de primera instancia⁵⁰, sin perjuicio de los hechos que excepcionalmente se pueden alegar y de las ***pruebas*** que se pueden producir en el trámite de la apelación.

8) EL TRIBUNAL DE ALZADA Y EL PRINCIPIO "IURA NOVIT CURIA"

Si bien el tribunal de apelaciones está sujeto a emitir pronunciamiento sobre los puntos que han sido objeto de agravios, a los fines de la solución de éstos tiene la más amplia facultad de determinar la norma que considera que rige el caso, y aplicarla en el asunto que le toca resolver, con la misma extensión que le cabría al *a quo*; por ello puede, sin afectar el derecho de las partes, utilizar distintos fundamentos jurídicos que los invocados por éstas o los utilizados por el juez de primera instancia; y ello se deriva del principio "***iura novit curia***" que lo faculta a ubicar y calificar la acción dentro del ámbito jurídico que corresponda, siempre que con ello no se transforme la acción deducida⁵¹.

⁴⁶ CNCiv., Sala E, 19-10-76, E.D. 72-632, y L.L.1977-D-708, n° 2492, 2493 y 2494; Id., Sala C, 12-4-71, L.L. 143-322; Id., Sala F, 27-8-79, E.D. 87-250, y L.L. 1980-D-295.

⁴⁷ Si el apelante del fallo de primera instancia impugnó en sus agravios la totalidad de lo resuelto en él, revirtió a la Cámara la plenitud de su jurisdicción (CSJN, 4-8-77, L.L. 1978-A-204; Id., 8-3-77, Rep.E.D. 11-801, n° 34, y Fallos 297-130).

⁴⁸ Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Artes Gráficas Ediciones, 1969, t. II, págs. 157/158.

Con el fin de otorgar debida tutela a la garantía de la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.) el tribunal de apelación tiene con respecto a las pretensiones y oposiciones oportunamente introducidas la misma competencia que corresponde al juez de primera instancia (CSJN, 2-11-95, Rep. E.D. 30-1072, n° 21).

Cuando, en su expresión de agravios, el apelante ataca la totalidad de lo resuelto en la anterior instancia, peticionando la completa revocación del fallo, es resorte del tribunal de alzada conocer respecto de todas las argumentaciones esgrimidas por las partes, asumiendo así la jurisdicción en plenitud. Es que, en tales términos, el efecto de la apelación importa la sumisión integral del proceso a la Cámara, quien conoce *ex novo* sobre todas las cuestiones controvertidas con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a los del juez de grado (CNCiv., Sala H, 29-2-96, L.L. 1998-D.918, J. Agrup., caso 12.942).

Dentro de aquello que es materia de apelación, la alzada asume la plenitud de jurisdicción y se encuentra en la misma situación en la que se encontraba el juez de primer grado, pudiendo valorar cuestiones que este último no mencionara en su sentencia (TSCórdoba, Sala civil y com., 18-8-98, Rep.L.L. 1998-2165, n° 84, LLC, 1998-1265).

⁴⁹ Alsina, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., Ediar, t. IV, 1961, pág. 415.

⁵⁰ El tribunal de apelación tiene, con respecto a las pretensiones y oposiciones oportunamente introducidas, la misma competencia que corresponde al juez de primera instancia, por lo que nada obsta a la consideración de los extremos fácticos de la causa (CSJN, 5-10-99, Rep. E.D. 35-1231, n° 11).

⁵¹ CNTrab., Sala VII, 2-7-81, E.D. 94-766; CNCiv., Sala E, 19-10-76, E.D. 72-632; Id., Sala F, 27-8-79, E.D. 87-250.

9) EL "AGRAVIO" Y EL "INTERÉS" EN EL RECURSO DE APELACIÓN

El *interés* es lo que justifica la actuación ante la justicia. Y así como para proponer una demanda en juicio hay que tener interés que la justifique, también para interponer un recurso es necesario tener interés que justifique la impugnación⁵²: se trata de un requisito de admisibilidad del recurso⁵³.

El *interés* que justifica la apelación surge del *agravio* o *gravamen* que la resolución recurrida ocasiona a la parte recurrente. El *agravio* es el perjuicio que la resolución causa al recurrente⁵⁴; y la existencia de este agravio y la posibilidad de su reparación a través del recurso de apelación, es lo que determina el *interés* del apelante en ese recurso⁵⁵; por ello ha dicho Couture que entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio⁵⁶. El gravamen sufrido por el recurrente a consecuencia de la resolución impugnada, dice Fairén Guillén, es un presupuesto de la incoacción del recurso, "que lo liga íntimamente con la legitimación"⁵⁷.

10) LA POSTULACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

La legislación argentina, siguiendo la tradición hipana, prevé dos momentos para plantear el recurso de apelación: el momento de la *interposición* del recurso y el momento de la *fundamentación*. Excepcionalmente se permite la realización de ambas actuaciones en

Aunque la potestad revisora de la alzada queda limitada por los agravios del apelante, mediando recurso formalmente hábil, tiene facultades para pronunciarse *iura novit curia*, tal como pudo hacerlo el *a quo*, (CApelCivCom Bahía Blanca, Sala I, 28-10-93, E.D.158-309).

⁵² Como para "accionar" hay que tener interés, para "recurrir" debe existir agravio, Sufre un gravamen el justiciable que recibe un perjuicio de la decisión judicial (SC Buenos Aires, voto del Dr. Hitters, 20-10-98, Rep.L.L. 1999-2158, n° 1, DJBA, 155-7979).

El requisito esencial de admisibilidad del recurso de apelación es que el pronunciamiento que se impugna cause al apelante un agravio o perjuicio concreto (CNCiv., Sala G, 10-2-98, L.L. 1999-C-58).

⁵³ Configura un requisito subjetivo de admisibilidad del recurso la circunstancia de que la resolución correspondiente ocasione, a quien lo interpone, o a su representado, un agravio o perjuicio personal, porque de lo contrario faltaría un requisito genérico de los actos procesales de parte, cual es el interés (CNCiv., Sala A, 19-4-99, E.D. 188-734, 626-SJ).

Configura un requisito subjetivo de admisibilidad del recurso de apelación, el hecho de que la resolución correspondiente ocasione a quien lo interponga un agravio o perjuicio personal. De lo contrario, le faltaría el requisito genérico del interés, el cual es la medida del recurso y debe mantenerse durante las distintas secuelas de la apelación; pues si desaparece luego de concedido el recurso, la cuestión devendrá abstracta (CNCom., Sala B, 18-3-92, E.D. 148-243).

El requisito esencial de admisibilidad del recurso de apelación es que el pronunciamiento que se impugna cause al apelante un agravio o perjuicio concreto (CNCiv., Sala G, 10-2-98, L.L. 1999-C-58).

⁵⁴ Por agravio debe entenderse la insatisfacción total o parcial, de cualquiera de las pretensiones formuladas en el proceso (CNCiv., Sala A, 19-4-99, E.D. 188-764, 626-SJ).

⁵⁵ Corresponde declarar inaudible el recurso de apelación presentado por el demandado que a su respecto fue íntegramente rechazada la demanda -en el caso, por haberse hecho lugar en primera instancia a la defensa de prescripción opuesta-, pues carece de interés para el recurso ya que se supone que ningún perjuicio experimente con la sentencia dictada (CNCom., Sala D, 4-6-01, L.L. 2001-F-1010, J. Agrup., caso 16.137).

⁵⁶ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972, pág. 346/347.

⁵⁷ Fairén Guillén, Víctor: *Los medios de impugnación*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 364.

forma conjunta, como ocurre en el supuesto contemplado por el art. 248 del CPCCN; o cuando se trata de un recurso de apelación que debe concederse en relación y sin efecto diferido en que no hay obstáculos para impedir que el apelante, con la interposición del recurso, exprese también los fundamentos del mismo⁵⁸.

Pero más allá de la oportunidad de interponerlo y fundarlo, lo que resulta de gran importancia a los efectos que nos ocupan es el contenido de la *fundamentación* del recurso, es decir la *expresión de los agravios*.

11) LA CONCESION DEL RECURSO

Las dos "*formas*" de concesión del recurso de apelación, es decir "libremente" o "en relación" (art. 243, primer párrafo CPCCN), se diferencian principalmente en aspectos que hacen al trámite de su sustanciación. La particularidad, con relación al material fáctico es que la concesión libre permite la alegación de hechos nuevos y la producción de determinadas pruebas (art. 260 del citado Código), cosa que se encuentra expresamente prohibida cuando el recurso se concede en relación (art. 275, segundo párrafo).

La cuestión de los "*efectos*" con que se debe conceder la apelación ("suspensivo" o "no suspensivo", según el art. 243, tercer párrafo del CPCCN), está también vinculada al aspecto fáctico, dado que si el recurso se concede con efecto "suspensivo" (o "ambos efectos", que es expresión equivalente) ello impide el cumplimiento de la sentencia recurrida hasta que quede firme el pronunciamiento del tribunal de alzada⁵⁹. En cambio, la concesión con efecto "no suspensivo" (o al "solo efecto devolutivo"), da la posibilidad de la ejecución

⁵⁸ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 96; Falcón, Enrique: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982, tomo II, pág. 383.

Si la fundamentación del recurso fue presentada antes de ser concedida la apelación, tal hipótesis constituye un supuesto asimilable al de la interposición del recurso acompañado con sus fundamentos; supuesto que, por razones de economía y celeridad, debe ser considerado admisible (CNCivComFed., Sala II, 20-9-91, E.D. 147-286).

Corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación si el apelante omitió fundarlo al momento de su interposición conforme lo normado en el párr. 2° de la ley 10.456 de la Provincia de Santa Fe (CCivCom Rosario, sala II, 27-3-00, L.L. 2001-F-1010, J. Agrup., caso 16.135, y L.L. Litoral, 2001-221, 269-S).

La fundamentación anticipada del recurso de apelación, presentada conjuntamente con el escrito de interposición, no viola la garantía de la defensa en juicio de la contraparte, si ésta consintió tal proceder y sólo se limitó a replicar los argumentos expuestos por el recurrente (STCorrientes, 5-11-98, Rep.L.L. 1999-2159, n° 9, y LL Litoral, 1999-1031).

⁵⁹ Palacio y Alvarado Velloso: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1992, tomo 6°, págs. 126/128.

La expresión efecto suspensivo significa que el otorgamiento del recurso impide la ejecución de lo decidido, de modo que la misma queda condicionada a lo que decida la resolución definitiva del tribunal superior (C1°CivCom Mar del Plata, Sala II, 2-6-98, Rep.L.L. 1999-2168, n° 105).

En virtud de los efectos suspensivos propios de los recursos cesa la jurisdicción del a quo impidiendo que la sentencia recurrida sea ejecutada hasta tanto no exista resolución sobre el recurso (CNTrab, Sala V, 10-10-69, L.L. 139-778, 24.159-S)

Las resoluciones judiciales -salvo recursos concedidos con efecto devolutivo- sólo pueden cumplirse una vez que estén firmes aquéllas (CNCiv., Sala F, 14-7-66, L.L. 124-1133, 14.370-S).

de la decisión, mientras el superior no disponga lo contrario⁶⁰; por lo tanto, quedará firme lo cumplido si el tribunal de apelaciones confirma la resolución impugnada; caso contrario, si se revoca la decisión de primera instancia, resulta nulo todo lo actuado en cumplimiento de la resolución apelada y se debe restituir la situación al estado anterior⁶¹.

Los efectos "inmediato" y "diferido" se relaciona con la oportunidad de sustanciación y decisión del recurso⁶².

12) LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Normas legales

El escrito de "expresión de agravios", dice el art. 265 del CPCCN, debe contener "la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas", no bastando la remisión a presentaciones anteriores. El art. 271, a su vez, señala que la sentencia de segunda instancia debe examinar "las cuestiones de *hecho* y de *derecho* sometidas a la decisión del juez de primera instancia *que hubiesen sido materia de agravios*". Y el art. 266 dispone que "*si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciera en la forma prescripta en el artículo anterior, el tribunal declarará desierto el recurso, señalando, en su caso, cuáles son las motivaciones esenciales del pronunciamiento recurrido que no han sido eficazmente rebatidas*". Tales normas permiten advertir que la expresión de agravios, cumple en el procedimiento de apelación una función en cierta manera análoga a la de la demanda en primera instancia, ya que su contenido delimita la competencia de la segunda instancia y las potestades decisorias del tribunal de alzada⁶³.

Quedan firmes las cuestiones con relación a las cuales no se expresan agravios

Quedan consentidas y firmes⁶⁴ las sentencias, o parte de las mismas, que no han sido

⁶⁰ Hitters: *Técnica de los Recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, págs. 126, 357; Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 82/83.

El efecto devolutivo significa simplemente que su interposición no obsta el cumplimiento o ejecución de la resolución impugnada, a contrario de lo que sucede con el efecto suspensivo, más en modo alguno aquél puede implicar el mantenimiento del *statu quo* anterior al dictado del pronunciamiento cuestionado (CCivCom Rosario, Sala II, 11-6-96, Rep.L.L. 1999-2169, n° 110, y LI Litoral, 1999-126).

⁶¹ Hitters: *Técnica de los Recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 357.

⁶² Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 81, 97 y ss.; Palacio y Alvrado Velloso: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1992, tomo 6°, págs. 126.

⁶³ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 265; Ibañez Frocham: *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Bs. As., La Ley, 1969, pág. 149, n° 54; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 441.

Los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos para ante ellos, que determinan el ámbito de su competencia decisoria (CSJN, 27-12-96, Rep.E.D. 31-709, n° 7).

⁶⁴ Los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos ante ellos resolviendo sobre cuestiones que han quedado firmes (CSJN, 1-4-82, Rep.E.D. 16-762, n° 41; 21-3-72, L.L. 151-636, 30.333-S).

La jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos: si se prescinde de esa limitación resolviendo cuestiones que han quedado firmes, se causa agravio a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de la propiedad (CSJN, 18-3-82, Rep.E.D. 16-762, n° 42).

objetadas⁶⁵; es decir con relación a las cuales no se expresan agravios (por más que la resolución haya sido apelada en su totalidad⁶⁶), o no se expresan en forma idónea o suficiente⁶⁷. Debe tenerse en cuenta que el art. 266 del CPCCN establece que cuando se declara desierto un recurso, la sentencia queda firme para el recurrente; con mayor tal consecuencia debe aplicarse a los supuestos en que no se ha interpuesto el recurso.

La expresión de agravios requiere una crítica concreta y razonada del fallo

La expresión de agravios, si bien no está sujeta a formas sacramentales⁶⁸, no es una simple fórmula carente de sentido sino que constituye una verdadera *carga procesal* del apelante que, tal como lo dispone el art. 265 del CPCCN, debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas⁶⁹: debe destacarse en ella los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen a la sentencia recurrida, especificando con exactitud los fundamentos de las objeciones⁷⁰. Lo que se requiere como crítica concreta y razonada del fallo es la exposición de un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna, máxime cuando este último ha sido impecablemente expuesto⁷¹. La expresión de agravios debe referirse concretamente a los fundamentos que movieron al sentenciante a decidir en la

CNCiv., Sala D, 17-2-67, E.D. 21-673.

Deben tenerse por firmes todas aquellas conclusiones del fallo recurrido que no hayan sido eficazmente controvertidas por el recurrente en la expresión de agravios (C1°CivCom La Plata, Sala III, 21-12-72, L.L. 150-339)

⁶⁵ CApel.CivCom San Martín, Sala II, 3-5-83, E.D. 105-236.

⁶⁶ CNCiv., Sala D, 17-2-67, E.D. 21-673.

Deben tenerse por firmes todas aquellas conclusiones del fallo recurrido que no hayan sido eficazmente controvertidas por el recurrente en la expresión de agravios (C1°CivCom La Plata, Sala III, 21-12-72, L.L. 150-339).

⁶⁷ C2°Apel La Plata, Sala III, 6-3-75, J.A. 28-1975-388.

Si la apelación se redujo en el escrito de interposición o al expresar agravios a atacar determinados puntos de la sentencia, debe tenerse a ésta consentida en lo demás que resuelva (SCBs. As., s/f, *DJBA* 117-301, citado por Morello, Sosa y Berizonce, *Códigos Procesales*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Edit. Platense-, t. III, pág. 402).

Si la expresión de agravio no contiene una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, con la indicación propia de los supuestos errores de que adolece, se producirá la deserción del recurso (CNCCom., Sala C, 16-7-92, E.D. 152-561).

⁶⁸ CCivCom Rosario, Sala II, 31-10-97, Rep.L.L. 2000-2109, n° 16, y LL Litoral 2000-164, 176-S.

⁶⁹ CNCiv., Sala M, 22-5-00, E.D. 188-617; Id. Id., 27-9-00, E.D. 191-414; Id. Sala A, 16-12-99, E.D.186-539; Id., Sala B, 24-4-95, E.D. 166-500, y E.D. 167-488.

La expresión de agravios debe contener una crítica concreta y razonada del fallo en grado. Debe ser precisa, expresando con claridad y corrección, de manera ordenada, los motivos de disconformidad, facilitando al tribunal de alzada el examen de la sentencia sometida al recurso y, sobre todo, de limitar el ámbito del reclamo. Disentir con el criterio del Juez, sin fundamentar la oposición o sin dar bases a un distinto punto de vista, no es expresar agravios (CJSalta, 12-3-03, Libro de Protocolo 83, págs. 805/812).

El contenido de la expresión de agravios se relaciona con la carga que le incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (CNCiv., Sala a, 6-7-98, L.L. 1998-F-842, 40.966-S; id., id., 1-6-98, L.L. 1998-F-149)

⁷⁰ CNCiv., Sala I, 17-12-98, L.L. 1999-C-777, J. Agrup., caso 13.811; Id., Sala A, 10-6-99, L.L. 1999-E-973, J. Agrup., caso 14.441; Id., Id., 25-6-99, L.L. 1999-E-973, J. Agrup., caso 14.446; CNCCom., Sala A, 26-3-99, L.L. 1999-C-776, J. Agrup., caso 13.805.

⁷¹ CNCiv., Sala C, 6-5-75, E.D. 67-206; Id., Sala A, 16-12-99, E.D. 186-539; CNCCom., Sala A, 21-2-96, E.D. 172-92.

forma que lo ha hecho, precisando punto por punto los errores u omisiones con relación a las cuestiones de hecho o de derecho en que hubiera incurrido⁷². Lo contrario, colocaría al tribunal de segunda instancia en la posibilidad riesgosa de emprender una revisión indiscriminada de la sentencia atacada, apartándose de su función de revisión y control⁷³.

Así como es deber del juez el fundar sus decisiones, el recurrente tienen la carga de demostrar con argumentos adecuados la posible equivocación en la que aquél habría incurrido⁷⁴. Pero si la sentencia apelada contiene afirmaciones meramente dogmáticas, sin dar explicaciones sobre las conclusiones que sostiene, no cabe extremar las exigencias de fundamentación en la expresión de agravios, dado que si no había razonamiento concreto en la sentencia para criticar, no cabe descalificar una expresión de agravios que no se ocupó con mayor detalle de esta cuestión⁷⁵.

No alcanza a constituir la crítica concreta y razonada del fallo las meras reflexiones, consideraciones o afirmaciones genéricas⁷⁶ y dogmáticas⁷⁷; ni las impugnaciones de orden

⁷² Podetti, *Tratado de los recursos*, Bs. As., Ediar, 1958, pág. 164; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 440/441; CNCiv., Sala B, 19-9-74, E.D. 59-444; Id., Id., 17-10-91, E.D. 152-342; Id., Sala F, 24-7-79, E.D. 85-263; Id., Sala D, 31-7-79, Rep.E.D. 14-824, n° 99; Id., Sala M, 22-5-00, E.D. 188-617.

Expresar agravios es ejercitar el control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del juez y, por ponerlos en evidencia, obtener la modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen (CCivCom San Isidro, Sala I, 11-5-99, Rep.L.L. 2000-2109, n° 11, y LLBA, 2000-935).

Presenta serias deficiencias el escrito de expresión de agravios que reitera afirmaciones que fueron desestimadas en las instancias anteriores y cuyos argumentos no constituyen una crítica concreta y razonada de los fundamentos de hecho y derecho desarrollados para llegar a la solución impugnada (CSJN, 15-10-96, Rep.E.D.31-710, n° 15).

La exigencia del art. 265 del Cód. Procesal se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (CNCiv., Sala B, 26-10-00, L.L. 2001-C-972, J. Agrup., caso 15.769).

La competencia en la alzada sólo se abre para la revisión de la justicia y acierto del decisorio, y no para el dictado de un pronunciamiento "ex novo", por la cual es menester destruir la convicción que emerge de la motivación de la sentencia de primera instancia. Por ello, el recurso debe reputarse técnicamente desierto, cuando sólo se vierte una discrepancia sustancial con el fallo, sin una crítica razonada contra sus fundamentos (C8°CivCom Córdoba, voto de la doctora Zavala de Rodríguez, 9-2-98, Rep.L.L. año 1998, pág. 2163, n° 67, y LLC, 1998-728).

⁷³ CCivCom Santa Fe, Sala I, 5-2-98, Rep.L.L. 1998-2183, n° 283, y LL Litoral, 1998-2-601.

⁷⁴ CNCiv., Sala G, 4-3-97, E.D. 176-87.

No importa una expresión de agravios la presentación que se limita a repetir argumentos anteriores ya rebatidos por el juzgador, toda vez que no resultaría razonable exigir al magistrado fundamentación adecuada en su sentencia y permitir reproducir al apelante alegaciones anteriores que, precisamente, fueron replicadas en el fallo (CNCiv., Sala F, 12-2-99, L.L. 1999-D-824, J. Agrup., caso 14.190).

⁷⁵ CNCiv., Sala F, 5-3-86, L.L. 1986-E-341, con nota aprobatoria de Jorge W. Peyrano: *Del sentido común y de la suficiencia del escrito de expresión de agravios*.

⁷⁶ CNFed.CivCom., Sala I, 23-10-84, E.D. 111-592; CNCCom., Sala A, 17-7-78, Rep. E.D. 12-704, n° 77; id., Id., 31-10-97, L.L. 1998-B-906, 40.331-S, y DJ 1998-I-1106; CNCiv., Sala A, 17-3-00, L.L. 2000-D-732, y DJ 2002-2-1259; Id., Sala B, 17-10-91, E.D. 152-342; Id., Sala C, 21-12-83, E.D. 108-379; Id. Id., 6-5-75, E.D. 67-205; Id., Sala E, 22-10-99, L.L. 2000-C-183, y DJ 2000-2-172; Id., Sala H, 24-5-99, E.D. 185-534; Id., Sala I, 30.10.95, L.L. 1998-E-762, 40.794-S, y DJ 1998-3-1226; id., id., 17-12-98, L.L. 1999-C-777, J. Agrup., caso 13.811; Id., Sala J, 26-4-99, L.L. 2000-B-522; Id., Sala M, 27-9-00, E.D. 191-414.

El tribunal de alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que meramente denotan disconformidad subjetiva con la sentencia y que por eso son insuficientes como fundamentación del recurso (CCivCom, San Isidro, Sala I, 11-5-99, Rep.L.L. 2000-2109, n° 12, y LLBA, 2000-935).

general⁷⁸; ni las observaciones generales subjetivas⁷⁹; ni la exposición de argumentos vagos y confusos⁸⁰ o las manifestaciones ambiguas⁸¹; ni las meras lamentaciones⁸²; ni la disconformidad o disentimiento con la solución dada sin dar los fundamentos⁸³, es decir, sin hacerse cargo de las razones por las cuales el magistrado decidió como lo hizo⁸⁴. Tampoco constituye expresión de agravios el escrito en donde se repiten argumentos ya aportados en la contestación de demanda y alegato, no admitidos y rechazados por el sentenciante de grado, con base en fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales⁸⁵. Y menos constituye expresión de agravios la descalificación lingüística o la utilización de frases peyorativas hacia la sentencia, sin cuestionar el fondo de la decisión⁸⁶.

⁷⁷ Aun cuando se admita un criterio amplio para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios, corresponde declarar desierto el recurso de apelación cuando se limita a aseveraciones genéricas y dogmáticas que no refutan los razonamientos en que se apoya la sentencia, pues tal amplitud de criterio no puede ser llevada al extremo tal que signifique apartarse del art. 265 del Cód. Procesal (CNFedCivCom, Sala II, 27-2-0), L.L. 2001-C-701).

No importa una expresión de agravios las simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso, o que se limita a repetir argumentos anteriores ya rebatidos por el juzgador, toda vez que no resultaría razonable exigir al magistrado fundamentación adecuada en su sentencia y permitir reproducir al apelante alegaciones anteriores que, precisamente, fueron replicadas en el fallo (CNCiv., Sala F, 12-2-99, L.L. 1999-D-824, J. Agrup., caso 14.190).

⁷⁸ CNCiv., Id., Sala E, 22-10-99, L.L. 2000-C-183, y DJ 2000-2-172; Id., Sala H, 24-5-99, E.D. 185-534.; Id., Sala J, 26-4-99, L.L. 2000-B-522.

⁷⁹ CNCiv., Sala A, 24-9-75, E.D. 66-545.

⁸⁰ CNCiv., Sala C, 18-12-74, E.D. 65-143.

⁸¹ CNCom., Sala B, 7-10-77, Rep.E.D. 11-802, n° 47.

⁸² CNCiv., Sala B, 15-5-79, L.L. 1979-C-76, y Rep.E.D. 13-755, n° 69.

⁸³ CNCiv., Sala F, 6-8-76, E.D. 77-138; Id., Id., 15-9-77, E.D. 81-552; Id., Sala D, 29-11-77, L.L. 1978-C-659, 34.722-S; Id., Id., 14-5-79, E.D. 86-661; Id., Sala E, 25-4-75, E.D. 63-520; Id., Id., 14-6-95, E.D. 166-332; Id., Sala K, 31-8-00, E.D. 191-604; CJSalta, 12-3-03, Libro Protocolo 83, págs. 805/812.

La expresión de agravios no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el estudio de los razonamientos del juzgador demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (CNCiv., Sala D, 28-9-00, L.L. 2001-D-214).

El mero hecho de disentir con la interpretación dada por el juez, sin dar las bases jurídicas del distinto punto de vista, no es suficiente para sustentar un recurso de apelación (CNFedCont-adm, Sala I, 29-4-97, L.L. 1998-B-537).

"Criticar" es muy distinto que "disentir", pues la crítica significa un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pudiere contener. En cambio, disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia (CNCiv., Sala A, 1-6-98, L.L. 1998-F-149; id., id., 6-7-98, L.L. 1998-F-842, 40.966-S; id., id., 3-2-99, L.L. 1999-D-426, y DJ1999-3-477; CNTrab., Sala I, 31-3-98, Rep.L.L. 1998-2184, n° 296, y DT 1998-B-1469).

⁸⁴ CNCiv., Sala K, 31-8-00, E.D. 191-604.

La simple disconformidad o disentimiento con lo expuesto por el *a quo*, sin fundamentar la oposición o sin dar las bases jurídicas, no importa "crítica concreta y razonada" (CNCiv., Sala H, 24-5-99, E.D. 185-534; Id., Sala A, 8-2-90, E.D. 138-764; CNCom., Sala A, 27-9-89, E.D. 137-657; Id., Sala C, 17-5-88, E.D. 135-562).

Disentir con la interpretación judicial sin fundamentar debidamente su oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no constituye expresión de agravios (CNCivComFed., sala I, 23-4-96, E.D. 174-658).

Corresponde declarar la deserción del recurso de apelación, cuando el apelante no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el *a quo* sino que se limita a reeditar objeciones ya planteadas infructuosamente en las instancias anteriores, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos de hecho y derecho dados por el *a quo* para llegar a la decisión impugnada (CSJN, 13-2-01, L.L. 2001-F-1012, J. Agrup., caso 16.154).

⁸⁵ CFed. Mendoza, Sala B, 7-8-96, L.L. 1998-B-899, 40.307-S.

No constituye expresión de agravios la presentación en donde el recurrente repite casi textualmente las razones dadas al oponer excepción de inhabilidad de título, lo que no alcanza para rebatir los fundamentos de la sentencia en grado (CFed. Mendoza, 6-6-95, L.L. 1998-B-874, 40.192-S).

⁸⁶ La repentina violencia -incluso la descalificación lingüística -no es indicio de verdadero valor. Por lo tanto, resulta incomprensible por qué, quienes expresaron agravios no cuestionaron el fondo de la decisión y sólo

Si la expresión de agravios no reúne los requisitos exigidos, en el sentido de que no contiene una crítica concreta y razonada de los puntos del fallo que le ocasionan gravamen, ello autoriza a declarar desierto el respectivo recurso (art. 266 CPCCN)⁸⁷.

No obstante lo expuesto, la valoración de la expresión de agravios a los fines de determinar si reúne los requisitos necesarios para mantener el recurso de apelación, no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio⁸⁸. Por ello deben ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos, aunque se trate de presentaciones precarias que satisfacen con el mínimo de técnica exigido las exigencias procesales, con lo que se logra la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de la defensa en juicio⁸⁹, y la delimitación en forma restrictiva del ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante⁹⁰. En caso de dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga de rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener por cumplida la susodicha carga⁹¹.

La expresión de agravios puede referirse a la valoración de los hechos y pruebas, o a la aplicación del derecho

El recurso de apelación se encuentra dirigido a atacar el pronunciamiento del juez que se entiende basado en una errónea apreciación de los hechos o equivocada inteligencia de las normas aplicables⁹². La crítica de la sentencia debe consistir en la indicación, pormenorizada, de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen a la sentencia, mediante el desarrollo analítico de las cuestiones en debate, con los argumentos jurídicos y *fácticos* que fueren pertinentes para desvirtuar los que sustentan el fallo impugnado⁹³; debe

pusieron esmero en convocar la atención de la alzada con frases peyorativas hacia la sentencia y anécdotas inconducentes, de manifiesta oquedad, que las privan de sustento y dejan en estado de indefensión a sus representados (CNCiv., Sala G, 11-11-00, E.D. 191-238).

⁸⁷ CNCiv., Sala A, 3-7-92, E.D. 149-659; CNCom., Sala A, 31-8-99, L.L. 2000-A-609, J. Agrup., caso 14.736.

⁸⁸ CNCiv., Sala H, 27-9-95, E.D. 166-516; Id., Id., 24-5-99, E.D. 185-535.

La facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios debe ejercerse por la alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que se afecte arbitrariamente el derecho de defensa en juicio (CCivCom San Isidro, Sala I, 11-5-99, Rep.L.L. 2000-2127, n° 218, y LLBA, 2000-935).

⁸⁹ CNCiv., Sala H, 27-9-95, E.D. 166-515.

No cabe extremar los recaudos formales cuando en las expresiones de agravios se advierte un mínimo de crítica concreta y razonada del decisorio apelado (CFed. Mendoza, 6-6-95, L.L. 1998-B-874. 40.192-S).

Cabe aplicar un criterio de amplia tolerancia para evaluar la suficiencia de la expresión de agravios, pues tal criterio es el que mejor armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por el art. 265 del Cód. Procesal con la garantía constitucional de la defensa en juicio (CNCom., Sala A, 24-9-97, L.L. 1998-A-422).

⁹⁰ CNCiv., Sala H, 13-3-01, Rep.L.L. 2001-1801, n° 1;.

⁹¹ CCivCom Rosario, Sala IV, 16-9-97, Rep.L.L. 1998-2183, n° 287, y LL Litoral, 1998-I-1058.

⁹² CNCont.-adm., Sala IV, 17-5-01, Rep.E.D. 35-1230, n° 3.

Las razones expuestas en el memorial deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la solución impugnada (CSJN, 15-10-96, Rep.E.D. 31-710, n° 16).

⁹³ CNCiv., Sala C, 10-12-81, E.D. 98-577.

Cuando se trata de cuestiones de hecho incumbe al apelante señalar detenidamente al tribunal de apelación el material sobre el cual éste debe reflexionar. De otro modo, el tribunal perdería la posición de

exponer, punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen al fallo en la aplicación del derecho o en la apreciación de los *hechos y su prueba*, bajo el riesgo de que se declare desierto el recurso (art. 266 CPCCN)⁹⁴, y se tenga por consentida toda decisión no objetada adecuadamente⁹⁵. Como señala Podetti, quien intenta la revisión de un fallo debe indicar "por qué esa decisión judicial no lo conforma, poniendo de manifiesto lo que considera errores de *hecho* o de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos".

Si considera el recurrente que existen errores cometidos por el juez en la apreciación de la *prueba*, debe analizarla destacando los errores que atribuye a la interpretación que se hace en la sentencia⁹⁶; es decir, debe el apelante indicar por qué considera que el juez ha meritado mal la prueba, o ha omitido valorar alguna que puede ser decisiva, o ha dejado de decidir cuestiones planteadas⁹⁷. No resultan suficientes las afirmaciones genéricas sobre la prueba⁹⁸, sin precisarse el yerro o desacierto en que incurre el juzgador en sus argumentos, ni las impugnaciones de orden genérico, ni la remisión al alegato de bien probado⁹⁹. Carece de eficacia argumentar con elementos que no han sido probados¹⁰⁰.

La expresión de agravios no puede remitirse a escritos anteriores a la sentencia

La expresión de agravios debe ser autosuficiente y completa¹⁰¹; debe autoabastecerse en el propio escrito que la contiene¹⁰². No constituye expresión de agravios la remisión a escritos anteriores a la sentencia¹⁰³, por cuanto lo que se debe criticar es el razonamiento del

observador que ha de mantener para convertirse en asistente intelectual de la parte (CNCom., Sala D, 16-3-95, L.L. 1998-D-874, 40.640-S).

No tiene trascendencia recursiva la queja que se revela como una mera discrepancia, sin sustento fáctico ni jurídico que permita revertir la conclusión que se cuestiona (CNTrab., Sala VIII, 23-10-97, Rep.L.L. 1998-2181, n° 268, y DT 1998-A-548).

⁹⁴ CNCiv., Sala E, 14-6-95, E.D. 166-331.

En virtud de lo establecido por el art. 265 del cód. procesal, pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (CNCiv., Sala B, 24-4-95, E.D. 167-488 y E.D. 166-500).

⁹⁵ CApelCivCom San Martín, Sala II, 3-5-83, E.D. 105-236.

⁹⁶ CNCiv., Sala C, 6-5-75, E.D. 67-206.

⁹⁷ Podetti, *Tratado de los recursos*, Bs. As., Ediar, 1958, pág. 163/164.

⁹⁸ No constituyen expresiones de agravios idóneas las afirmaciones genéricas sobre pruebas, el disentimiento con la interpretación judicial sin suministrar bases jurídicas, la mera disconformidad subjetiva con la sentencia, o las generalizaciones y apreciaciones dogmáticas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo (CNCom., Sala B, 31-10-97, L.L. 1998-B-906, 40.331-S, y DJ 1998-I-1106).

⁹⁹ CSJN, 15-7-76, Rep. E.D. 10-937, n° 62 CNCiv., Sala E, 11-8-76, L.L. 1977-A-512.

Las afirmaciones dogmáticas, que no se apoyan en la prueba producida, debidamente individualizada, no son idóneas para sustentar una verdadera expresión de agravios (CNTrab., Sala I, 31-3-98, Rep.L.L. 1998-2181, n° 265, y DT 1998-B-1662).

¹⁰⁰ CNTrab., Sala VI, 29-9-99, Rep.L.L. 2000-2108, n° 1, y DT 2000-A-400.

¹⁰¹ Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 443.

¹⁰² Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 267.

¹⁰³ CSJN, 18-8-73, Rep.L.L. XXXIV-1364, n° 133; SC Bs. As., 16-4-63, Rep.L.L. XXVI-1266, n° 152; CNCiv., Sala A, 23-11-71, L.L. 149-548, 29.757-S; Id. Id., 17-12-73, E.D. 56-315; Id., Sala B, 10-10-67, L.L. 129-1002, 16.542-S; Id., Sala C, 1-6-65, L.L. 119-772; Id. Id., 22-6-78, E.D. 82-432; Id., Sala D, 19-4-68, L.L. 134-433; Id., Sala E, 14-4-67, Rep.L.L. XXVIII-2397, n° 311; Id., Sala F, 19-8-76, L.L. 1977-A-548, 33.960-S; Id., Sala M, 27-9-00, E.D. 191-414; CNCom., Sala A, 20-11-78, L.L. 1979-A-407.

juez¹⁰⁴, y resulta obvio que una presentación anterior no puede atacar una resolución posterior¹⁰⁵. Y así como no constituye expresión de agravios la remisión a un escrito anterior a la sentencia que fue analizado por el juzgador, tampoco vale como tal la presentación que se limita a repetir argumentos anteriores ya rebatidos por el juzgador, toda vez que no resultaría razonable exigir al magistrado fundamentación adecuada en su sentencia y permitir reproducir al apelante alegaciones anteriores que, precisamente, fueron replicadas en el fallo¹⁰⁶.

Sí es posible, en cambio, la adhesión a la expresión de agravios presentado por otro de los litisconsortes con igual interés, al tratarse de una presentación posterior en donde se hace la crítica concreta y razonada de la resolución apelada¹⁰⁷. Constituiría un exceso ritual manifiesto hacerle repetir a un litisconsorte en forma textual lo que dice el otro, si *brevitatis causae* puede adherirse a los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por otro litisconsorte, evitando reiteraciones innecesarias y superfluas¹⁰⁸.

Así, concretamente en materia fáctica se ha considerado que no cumple con la obligación de expresar agravios la sola reproducción del alegato hecho antes de la sentencia de primera instancia¹⁰⁹; o la remisión al escrito de responde de la demanda¹¹⁰; o la reiteración de argumentos hechos valer en oportunidad de la impugnación de la pericia¹¹¹.

12) LA CONTESTACIÓN A LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

La contestación de la expresión de agravios es el acto procesal en donde la parte apelada responde o refuta los argumentos expuestos por el apelante para atacar a la sentencia

¹⁰⁴ CNCiv., Sala B, 15-5-79, L.L. 1979-C-76, y Rep.E.D. 13-755, n° 70; Id., Sala C, 14-7-77, Rep.L.L. XXXVIII-1655, n° 183.

A los efectos de fundar la apelación ante la alzada no procede remitirse a los argumentos sostenidos en primera instancia, pues el recurrente debe realizar una crítica razonada y concreta de las cuestiones resueltas por el *a quo*, a fin de que el tribunal tome conocimiento de los pretendidos errores del fallo (CNCiv., Sala C, 24-10-67, E.D. 21-114).

¹⁰⁵ CNCCom., Sala D, 23-4-87, L.L. 1998-E-828, J. Agrup., caso 13.232.

¹⁰⁶ CNCiv., Sala F, 12-2-99, L.L. 1999-D-824, J. Agrup., caso 14.190.

¹⁰⁷ CNCiv., Sala C, 2-2-71, L.L. 144-536, 27.115-S. Conf. Levitán: *Recursos en el proceso civil y comercial*, Bs. As., Astrea, 1986, pág. 84.

Restar eficacia a la adhesión a la expresión de agravios del litisconsorte significa imponerle al impugnante un rigorismo ritual que se traduce en un cercenamiento de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues no existen motivos para hacerle repetir a un colitigante en forma textual lo que dice el otro, si *brevitatis causa*, puede adherirse a sus fundamentos evitando reiteraciones superfluas e innecesarias (SC Bs. As., voto de la mayoría, 2-3-99, E.D. 182-444).

¹⁰⁸ SC Bs. As., 2-3-99, Rep.L.L. 1999-2183, n° 262; E.D. 182-444; LLBA 1990-460, y DJBA 156-1678.

¹⁰⁹ CSJN, 22-11-72, L.L. 150-723, 30.188-S; CNCiv., Sala A, 13-9-79, L.L. 1979-D-505; Id., Sala C, 4-9-64, L.L. 116-584; Id. Id., 21-9-76, E.D. 71-395; Id., Sala D, 9-9-66, L.L. 125-760; id., Sala E, 13-3-69, L.L. 136-1026, 21.835-S.

Mal puede considerarse que ha habido un desacierto en la sentencia cuando la fundamentación de la apelación concedida es una reiteración de lo ya expresado al tiempo de los alegatos (CNCiv., sala J, 9-2-00, E.D. 190-401).

¹¹⁰ CNPaz, Sala II, 13-4-71, L.L. 146-542.

¹¹¹ CNCiv., Sala B, 23-8-77, E.D. 75-552.

en grado. Si los agravios del apelante impugnan las conclusiones de la sentencia referidas a la cuestión sustancial discutida en el litigio, a ellas deberán referirse las argumentaciones de la contestación¹¹².

Si el apelado no contestare oportunamente el escrito de expresión de agravios, dice el art. 267 CPCCN), "no podrá hacerlo en adelante y la instancia seguirá su curso". Pero el silencio de la contraparte del apelante no produce, en la actuación recursiva, disfavor ninguno respecto de la posición procesal lograda en la sentencia, dado que no hay norma que establezca tal consecuencia¹¹³.

13) HECHOS NUEVOS Y PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Generalidades

La alegación de hechos nuevos y la producción de pruebas sólo es admisible en el recurso concedido libremente, no en el concedido en relación

Tal como se desprende de los arts. 260 y cc. del CPCCN, la alegación de hechos nuevos y la producción de pruebas sólo es admisible cuando el recurso de apelación ha sido concedido en forma libre, lo que sólo tiene lugar cuando se apela de la sentencia definitiva recaída en los juicios ordinarios y sumarios (art. 243 del mismo Código, aunque la ley 25.488 ha suprimido este último juicio). En cambio, resulta inadmisibles en el recurso concedido en relación, tal como lo establece el art. 275, segundo párrafo, del citado Código que textualmente dice: "no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos"¹¹⁴. Hay, sin embargo, ordenamientos provinciales que permiten la producción de pruebas en el recurso en relación; así, por ejemplo, el Código de Santa Fe (art. 379 y cc.).

Necesidad del mantenimiento de la apelación principal para la viabilidad de las peticiones del art. 260 del CPCCN

El tratamiento de las cuestiones a que se refiere el art. 260 del ordenamiento nacional, y la consecuente producción de la prueba respectiva en su caso, sólo puede hacerse si se mantiene el recurso concedido en forma libre contra la sentencia definitiva apelada. Carecería de sentido alegar hechos nuevos o producir pruebas si la citada sentencia ha quedado firme,

¹¹² Loutayf Ranea, Roberto G.: *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 186.

Si es el caso, en el escrito de contestación debe el interesado alegar los motivos por los que considera que el recurso ha sido mal concedido; o que el escrito presentado por el apelante no reúne los requisitos mínimos para ser considerado expresión de agravios, por lo que debe declararse desierto el recurso (art. 266 CPCCN); o, fundando un recurso de nulidad, los actos supuestamente viciados o defectuosos (ver Loutayf Ranea, Roberto G.: *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 186).

¹¹³ CNCom., Sala D, 15-9-99, L.L. 2000-F-74.

¹¹⁴ Cuando el recurso de apelación se concede en relación, el Tribunal debe fallar teniendo en cuenta las actuaciones en primera instancia, no pudiendo abrirse la causa a prueba ni alegarse hechos nuevos conforme lo establece el art. 275 del Cód. Procesal (CNCiv., Sala E, 26-12-97, L.L. 1998-E-826, J. Agrup., caso 13.213; 29-5-00, E.D. 191-392).

ya sea por desistimiento o deserción del recurso, o porque se haya declarado la inadmisibilidad¹¹⁵.

La interpretación en materia de prueba en segunda instancia

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que la apertura a prueba en segunda instancia es excepcional; y los supuestos de admisibilidad, de interpretación restrictiva¹¹⁶.

Oportunidad de hacer los planteos del art. 260 del CPCCN

Cada parte debe hacer los planteos contemplados en los distintos incisos del art. 260 del CPCCN, dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el artículo 259 (la que ordena poner el expediente en la oficina para expresar agravios), y en un solo escrito. El plazo en cuestión es de carácter perentorio (art. 155 CPCCN), y de carácter individual en cuanto corre independiente para cada parte a partir de su notificación.

Replanteo de pruebas en segunda instancia

Concepto

Este instituto está contemplado en el art. 260, inc. 2° del CPCCN que establece que, dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 (es decir, la providencia que ordena poner el expediente en la oficina para la presentación de agravios) deberán las partes *"indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos de los arts. 379 y 385 in fine. La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna"*. O sea, el replanteo de pruebas es la solicitud formulada ante el tribunal de alzada de que se diligencien pruebas que hayan sido denegadas por el tribunal inferior o que hubiere mediado declaración de negligencia en su producción, petición que, como ya se indicó, sólo lo pueden hacer las partes en los recursos libremente concedidos.

El instituto de replanteo de pruebas en segunda instancia se organiza para lograr el acabado cumplimiento del principio constitucional de la defensa en juicio y como contrapeso de la inapelabilidad que, por razones de celeridad y economía de trámite, instituyen los citados arts. 379 y 385 del CPCCN¹¹⁷. Por ello el replanteo de prueba no exige que el interesado haya apelado de la resolución del juez que deniega la prueba o declara la

¹¹⁵ La denuncia de hecho nuevo y el pedido de apertura a prueba en Cámara pierden entidad ante la falta de sustentación del recurso; circunstancia que ocurre en el caso pues en el escrito de agravios se ha omitido la formulación de crítica concreta y razonada contra los fundamentos del fallo atacado (CNCiv., Sala C, 21-10-99, E.D. 190-574, SJ-745).

¹¹⁶ CNCiv., Sala A, 12-5-80, Rep.E.D. 15-753, n° 26; id., Sala C, 17-8-99, E.D. 185-688, SJ-432; id., Sala D, 29-9-87, L.L. 1988-B-508; id., Sala E, 12-4-76, Rep.E.D. 10-886, n° 48; id., id., 11-4-77, L.L. 1978-B-671, 34.639-S; id., id., 20-8-99, E.D. 185-688, SJ-430; id., Sala G, 23-2-81, E.D. 96-382; id., id., 14-12-83, L.L. 1984-C-160; id., Sala F, 13-4-77, L.L. 1977-C-642, 34.220-S; CApelCivCom Santa Fe, Sala I, 31-7-80, Rep.L.L. XLII-1919, n° 21

¹¹⁷ CNCiv., Sala D, 31-8-79, Rep.E.D. 14-772, n° 44; Id., Sala C, 16-2-99, E.D. 186-590, SJ-519; Id., Id., 11-6-99, L.L. 1997-A-346, 39.180-S; CNFed.CivCom, Sala I, 18-2-99, L.L. 1999-E-415.

negligencia en su producción¹¹⁸.

Supuestos en que procede

El replanteo de la prueba en la Alzada sólo es admisible, como ya se destacó, en los procesos en donde el recurso de apelación contra la sentencia definitiva es concedido libremente; más no en las apelaciones concedidas en relación, como ocurre en los juicios ejecutivos¹¹⁹, o en los incidentes¹²⁰.

Las medidas de prueba que pueden ser replanteadas en segunda instancia son: **a)** Las medidas denegadas en primera instancia: en tal sentido, dice el art. 379 del CPCCN, luego de establecer la inapelabilidad de las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas que *"si se hubiere negado alguna medida, la parte interesada podrá solicitar a la Cámara que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca del recurso contra la sentencia definitiva"*, habiéndose entendido que la norma permite el replanteo, no sólo frente a la negativa injustificada a proveer las probanzas en primera instancia¹²¹, sino frente a todo supuesto que haya significado la privación de una prueba¹²²; **b)** aquellas respecto de las cuales hubiere mediado declaración de negligencia conforme a la última parte del art. 385, que textualmente dispone que en los casos que se declare la negligencia en la producción de una prueba, *"quedará a salvo el derecho de los interesados para replantear la cuestión en la alzada, en los términos del art. 260 inc. 2"*¹²³.

Debe tenerse en cuenta que no cualquier denegación de prueba o declaración de negligencia autoriza el replanteo en la alzada, sino que sólo puede ser admitido en los casos de pruebas "mal denegadas" o de negligencias "mal decretadas" en primera instancia¹²⁴. No

¹¹⁸ CNCiv., Sala C, 17-8-99, E.D. 185-688, SJ 432; id., Sala G, 23-11-84, L.L. 1985-A-252; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 278.

¹¹⁹ CApelCivCom Azul, Sala II, 10-2-00, E.D. 187-437; Rep.L.L. 2000-1993, n° 58; LLBA, 2000-1216, y DJBA, 150-111.

¹²⁰ CCivCom Azul, 22-9-98, Rep.L.L. 1999-2027, n° 91; LLBA, 1999-322, y DJBA 155-8249.

¹²¹ CNCiv., Sala E, 4-6-81, Rep.E.D. 18-821, n° 59.

¹²² Dice Eisner que no hay dudas de que dentro de tales expresiones quedan comprendidos todos los supuestos de caducidad de pruebas ya sea que tal caducidad o decaimiento se pronuncie por reputarse que ha habido negligencia de mera apreciación judicial o por mandato de la ley en los supuestos de abandono culpable que ha dado en llamarse de "caducidad automática" (Eisner, Isidoro: *El llamado replanteo de pruebas en la alzada*, L.L. 1980-C-410).

La caducidad automática de la prueba declarada por el juez de primera instancia, que cuando obedece - como en el caso- a causas extrañas a la actuación de la parte queda equiparada a la denegación de prueba, debe entenderse comprendida en las medidas a que se refiere el art. 255, inc. 2° del Cód. Procesal de la Pcia. de Bs. As. (SC Bs. As., 28-5-74, Rep.L.L. XXXVI-1107, n° 64).

Procede el replanteo y por lo tanto la apertura a prueba en segunda instancia en el caso de prueba caduca, siempre que haya error en la resolución pertinente (CNCCom., Sala C, 9-8-74, L.L. 156-808, 31.644-S).

Es de aplicación el art. 260, inc. 2° del Cód. Procesal, porque si el juez ordenó el desglose de una documentación acompañada por la actora, ello equivale a denegar la prueba en los términos del art. 370 del mismo Código (CNCiv., Sala G, 23-11-84, L.L. 1985-A-252)

¹²³ Eisner, Isidoro: *El llamado replanteo de pruebas en la alzada*, L.L. 1980-C-410

¹²⁴ CNCiv., Sala A, 4-8-81, Rep.E.D. 18-821, n° 64; id., id., 30-4-81, L.L. 1981-C-449, y E.D. 94-441; id., id., 17-2-85, L.L. 1985-C-651, 36.899-S; id., Sala B, 24-7-69, E.D. 30-768; id., Sala C, 8-4-80, Rep.E.D. 15-754, n° 35; id., Sala E, 4-6-81, Rep.E.D. 18-821, n° 59; id., Sala G, 2-4-98, L.L. 1998-E-474, y DJ 1998-3-914. Conf. Colerio, Juan Pedro: *El replanteo de prueba como mecanismo impugnativo*, en "Revista de Derecho Procesal" -

corresponde, entonces, si la decisión del juez de primera instancia se ajusta a derecho¹²⁵, como ocurre cuando se deniega la prueba porque ha sido propuesta en forma extemporánea¹²⁶, o se refiere a hechos extraños a la litis¹²⁷, o su realización resulta innecesaria¹²⁸, o se trata de documentos que se los tuvo por no presentados por no haberse acompañado las copias a que se refiere el art. 120 del CPCCN¹²⁹, o de testigo cuya declaración fue desistida en primera instancia¹³⁰, o de testigos que exceden el número máximo autorizado por la ley¹³¹; tampoco procede el replanteo en los supuestos de pruebas olvidadas de producir¹³²; o cuando resulta manifiesta la negligencia declarada¹³³, porque se ha demostrado la falta de actividad¹³⁴, o de interés en su diligenciamiento¹³⁵.

Medios de Impugnación. Recursos - I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, pág. 101, específicamente, pág. 104/105.

La solicitud de replanteo de prueba en la alzada sólo es admisible cuando se alega que ha mediado una incorrecta declaración de negligencia o caducidad respecto de ellas, para lo cual la petición deberá ser fundada, justificando el interesado que de su parte no medió demora, desidia o desinterés en la producción de la respectiva diligencia (CNCiv., Sala A, 30-3-92, E.D. 148-515).

El denominado replanteo de pruebas requiere como principal presupuesto de admisibilidad que el apelante haya satisfecho adecuadamente la carga de aportar razones fehacientes que sirvan para sostener su pretensión, justificando que de su parte no medió desidia, desinterés o demora en diligenciar los elementos probatorios denegados (CNCiv., Sala A, 25-3-92, E.D. 147-599).

¹²⁵ CNCiv., Sala A, 12-2-70, E.D. 31-270.

¹²⁶ CNEspCivCom, Sala V, 16-12-75, RepL.L. XXXVI-1107, n° 62.

¹²⁷ CNCiv., Sala B, 11-6-70, E.D. 34-403.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 364 del Cód. Procesal no corresponde admitir en la alzada la producción de prueba que no se refiere a ningún hecho articulada por las partes en los escritos que motivaron la traba de la litis (CNCiv., Sala A, 2-9-69, E.D. 29-126).

¹²⁸ CNCiv., Sala A, 7-8-69, E.D. 31-264.

¹²⁹ CNCom., Sala A, 2-9-75, L.L. 1976-A-221.

¹³⁰ CNCiv., Sala A, 6-11-69, E.D. 31-262.

¹³¹ CNCiv., Sala C, 13-10-71, E.D. 40-548.

¹³² CCivComMinería San Luis, 28-2-98, Rep.L.L. 1999-2026, n° 87, LL Gran Cuyo, 1999-819.

¹³³ CNCiv., Sala B, 18-12-69, E.D. 31-262; id., Sala E, 17-5-76, L.L. 1976-D-439; id., Sala F, 23-8-74, E.D. 58-267; CNCom., Sala C, 9-8-74, E.D. 58-653. Conf. Colerio, Juan Pedro: *El replanteo de prueba como mecanismo impugnativo*, en "Revista de Derecho Procesal" - Medios de Impugnación. Recursos - I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, pág. 101, específicamente, pág. 104/105.

No puede estar en el espíritu de la norma que anima el art. 260 inc. 2° del Cód. Procesal, el pedido de la parte para que se supla en la alzada la prueba perdida en primera instancia merced a una negligencia manifiesta (CNCiv., Sala F, 12-8-69, E.D. 31-256).

¹³⁴ CNCiv., Sala A, 2-7-69, E.D. 29-129.

No procede replanteo de la prueba informativa en segunda instancia si la parte fue declarada negligente por no haber urgido el pedido de informes (CNCiv., Sala A, 2-3-69, E.D. 27-228).

Sólo es viable el replanteo de prueba cuando hubiera negativa a proveer pruebas o cuando la negligencia decretada no fuere oportuna, situación que no se da en el caso en que la decisión del juez de declarar negligente a la parte demandada en la producción de la prueba confesional e informativa, fue acertada, toda vez que ni se notificó al representante legal de la actora para que concurriera a absolver posiciones, ni se urgió el pedido de informes (CNCiv., Sala A, 20-3-69, E.D. 27-228).

Debe rechazarse el pedido de replanteo de la prueba testifical, si el actor se vio privado de ella por no haber activado los trámites tendientes a lograr su producción, siendo, en consecuencia, oportuna, la caducidad decretada en primera instancia (CNCiv., Sala D, 19-8-72, E.D. 52-520).

La solicitud de apertura a prueba en segunda instancia debe ser rechazada por inadmisibles cuando dichas medidas pudieran producirse en primera instancia de haber actuado en forma diligente la parte proponente (CCivComLab, Posadas, Sala II, 24-4-97, L.L. 1998-F-869, 41.042-S, y LL Litoral, 1998-2-98).

Es inadmisibles la solicitud de apertura a prueba en 2° instancia si las medidas que se solicitan no se produjeron en 1° instancia por la parte interesada al haberse agotado el plazo de prueba fijado a tal fin (CApelConcepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 21-3-97, L.L. 1998-E-805, 40.935-S, y LL Litoral 1998-I-805).

¹³⁵ CNCiv., Sala A, 11-2-70, E.D. 31-284; id., id., 10-12-81, L.L. 1982-B-303

De lo expuesto se infiere que, para que la prueba haya podido ser "mal denegada", o se haya declarado equivocadamente la negligencia en su producción, resulta indispensable que la prueba que se pretende replantear haya sido propuesta en primera instancia. Por el contrario, no se puede hacer uso de la facultad de replantear una prueba si la misma no ha sido ofrecida oportunamente¹³⁶.

El replanteo de prueba en la Alzada, entonces, es pertinente para pretender la producción de pruebas en segunda instancia, pero no para reclamar que se tenga por no producida prueba realizada en primera instancia¹³⁷.

Quienes pueden hacer el replanteo

Conforme surge del art. 260 inc. 2° del CPCCN, el replanteo de pruebas puede ser realizado por cualquiera de las partes, tanto el que haya apelado la sentencia definitiva de primera instancia, como el que no lo haya hecho¹³⁸; el vencedor que no ha apelado también puede tener interés en la producción de la prueba para reafirmar su posición cuando la cuestión principal está pendiente de resolución como consecuencia de la apelación deducida por la parte contraria¹³⁹. Pero debe ser la parte que ofreció la prueba en primera instancia, y no la contraria¹⁴⁰.

Contenido del escrito de replanteo de pruebas

La petición de replanteo de prueba, según lo establece el art. 260 inc. 2° del CPCCN, debe ser "*fundada*". Debe el interesado, entonces, a más de formular la solicitud de replanteo, indicar los motivos por los que considera que ha sido errónea la decisión del juez de primera instancia, y consecuentemente, por lo que entiende procedente su producción en la segunda instancia. Ello significa que el escrito en que se formula el replanteo debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución de primera instancia que denegó la prueba o declaró la negligencia en su producción, señalando sus errores, en forma similar a lo que ocurre cuando

¹³⁶ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 280; Hitters: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 486; CNCiv., Sala A, 6-11-69, E.D. 31-262; íd., Sala B, 5-12-69, E.D. 31-263; íd., Sala C, 19-12-68, L.L. 135-582, y E.D. 26-430; íd., Sala E, 8-2-85, L.L. 1985-B-80; CApelCivCom Morón, Sala II, 14-11-78, Rep.L.L. XXXIX-1671, n° 85

El art. 260 del Cód. Procesal no ampara, mediante el replanteo, los casos en que la parte no ofreció prueba (CNCiv., Sala A, 12-2-80, L.L. 1980-D-191; íd., Sala C, 19-12-68, E.D. 26-430).

¹³⁷ CNCCom., Sala D, 23-11-93, E.D. 157-247.

¹³⁸ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 466, n° 5, comentario al art. 260; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 484/485.

¹³⁹ En sentido contrario, Colerio dice que el agravio por la privación de la prueba debe verse reflejado en una sentencia definitiva adversa, pues si esta última hace lugar a la pretensión, defensa o excepción, al desaparecer el agravio, la cuestión del replanteo se vuelve abstracta (Colerio, Juan Pedro: *El replanteo de prueba como mecanismo impugnativo*, en "Revista de Derecho Procesal" - Medios de Impugnación. Recursos - I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, pág. 101, específicamente, pág. 104).

¹⁴⁰ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 466, n° 5; CNCiv., Sala E, 10-7-78, Rep.E.D. 13-698, n° 58; íd., Sala C, 6-10-70, E.D. 37-89

se trata de un memorial o expresión de agravios, en los términos del art. 265 del CPCCN¹⁴¹. Como dice Hitters, el proponente de la prueba tiene que indicar las razones demostrativas de las necesidades de la prueba, debiendo paralelamente llevar a cabo una crítica concreta y razonada de los defectos de la decisión de primera instancia¹⁴².

Criterio restrictivo

La jurisprudencia ha señalado que la apertura a prueba en la alzada es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva¹⁴³. El mismo criterio se ha seguido con relación al replanteo de prueba en segunda instancia; y por ello se ha requerido que la petición sea debidamente fundada, en forma similar a lo que ocurre con el memorial o expresión de agravios¹⁴⁴, pues la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite en primera instancia, siendo sólo excepcionalmente admisible la reedición de la etapa probatoria en la alzada¹⁴⁵. Sin embargo, con un criterio más flexible, se ha señalado que si bien la admisibilidad del replanteo de prueba en segunda instancia debe ser interpretado en forma restrictiva por su carácter excepcional, es preciso tener en cuenta que este remedio está previsto para lograr el cumplimiento del principio de la defensa en juicio y como contrapeso de la inapelabilidad que rige en esta materia (art. 379 CPCCN), por razones de economía procesal, evitando así la privación arbitraria o errónea de la prueba¹⁴⁶. En alguna oportunidad se ha considerado preferible la aplicación de un criterio amplio al respecto¹⁴⁷.

¹⁴¹ CNCiv., Sala A, 16-7-68, E.D. 26-431; íd., íd., 4-8-81, Rep.E.D. 18-821, n° 66; íd., íd., 5-2-81, L.L. 1981-C-601; íd., Sala C, 17-2-70, E.D. 31-283; íd., íd., 14.12-83, L.L. 1984-C-160; íd., Sala E, 27-7-72, Rep. E.D. 6-1008, n° 50; íd. íd., 3-3-82, Rep. E.D. 18-821, n° 67; íd., íd., 20-8-99, E.D. 185-688, SJ-430; Id., Id., 30-11-99, E.D. 190-578, SJ-760; Id. Sala G, 11-6-96, L.L. 1997-A-346, 39.180-S; CNCom., Sala C, 8-4-80, L.L. 1980-D-748, 35-643; íd., Sala D, 16-12-80, Rep.E.D. 15-755, n° 41.

En virtud de la inapelabilidad de las medidas dispuestas en materia probatoria, el código procesal permite el replanteo en la alzada cuando el expediente llega para el dictado de la sentencia definitiva, pero tal solicitud obviamente sólo es admisible cuando se alega que ha mediado una incorrecta declaración de negligencia o caducidad respecto de ellas, para lo cual la petición deberá ser fundada, justificando el interesado que de su parte no medió demora, desidia o desinterés en la producción de la respectiva diligencia (CNCiv., Sala A, 30-3-92, E.D. 148-515).

El replanteo de prueba en la Alzada requiere como presupuesto de admisibilidad que la petición sea adecuadamente fundada, lo cual implica aportar las razones fehacientes que sirvan de fundamento suficiente para hacer viable la medida, justificando que no es imputable al apelante la desestimación de la prueba en la anterior instancia. Ello, pues la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite en primera instancia siendo sólo excepcionalmente admisible la reedición de la etapa probatoria en la alzada (CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ, 1998-3-1188).

¹⁴² Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 485.

¹⁴³ CNCiv., Sala A, 12-5-98, L.L. 1998-D-431, y DJ 1998-3-977

¹⁴⁴ CNCiv., Sala C, 16-2-99, E.D. 186-590, SJ-519; Id., Id., 30-11-99, E.D. 190-578, SJ-760.

La procedencia de la apertura a prueba en segunda instancia es de interpretación restrictiva. La petición en tal sentido debe ser fundada, reunir las condiciones de una verdadera expresión de agravios, señalando mediante una crítica concreta y razonada cuál fue el error en que incurrió el a quo al declarar la negligencia y justificar ante tal declaración que la parte ha sido diligente (CNCiv., Sala G, 11-6-96, L.L. 1997-A-346, 39.180-S).

¹⁴⁵ CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ, 1998-3-1188.

¹⁴⁶ CFedCivCom, Sala I, 18-2-99, L.L. 1999-E-415.

¹⁴⁷ Corresponde adoptar, respecto de la admisibilidad de prueba en segunda instancia, un criterio amplio y compatible con la adecuada defensa de los derechos en juicio; máxime, cuando se trata de un hecho denunciado por una de las partes que puede ser conducente para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva el cual se

Requisitos formales y trámite

Para hacer el replanteo de pruebas en la alzada -según ya se dijo- no es necesario haber apelado oportunamente de la resolución de primera instancia que denegara la prueba o declarara la negligencia en su producción.

Debe presentarse el escrito dentro del plazo de cinco días previsto en el art. 260 del CPCCN, el que, según ya se dijo, es de carácter perentorio (art. 155 del mismo Código) e individual. La petición debe resolverse sin sustanciación.

El tribunal de apelación es el que debe pronunciarse sobre la procedencia o no del replanteo, dado que la resolución respectiva excede de una providencia simple o de mero trámite que pueda ser dictada por el presidente conforme al art. 273 del CPCCN. La sentencia debe ser fundada¹⁴⁸.

En caso de prosperar el planteo, además de modificar la decisión de primera instancia, determina -y es ésta la gran particularidad del instituto- que el mismo tribunal de alzada ordene diligencias y reciba ante sí la prueba en cuestión¹⁴⁹. A tales efectos debe abrirse la causa a prueba para la producción de la propuesta (art. 260 inc. 5°, ap. b, CPCCN)¹⁵⁰, salvo que se tratara de supuestos en que no resultara necesario hacerlo, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una prueba documental agregada al expediente y que haya sido reconocida por la contraria, o de un instrumento público¹⁵¹. Las cuestiones vinculadas a las pruebas que deban producirse en la alzada "*se regirán, en cuanto fuere compatible, por las disposiciones establecidas para la primera instancia*" (art. 262 CPCCN).

Documentos posteriores a la providencia de autos o anteriores desconocidos

El art. 260 inc. 3° del CPCCN permite también a las partes, dentro de los cinco días de notificada la providencia que ordena que el expediente sea puesto en la oficina para expresar agravios, "*presentar los documentos de que intenten valerse, de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afirmaren no haber tenido antes conocimiento de ellos*"¹⁵².

pretende acreditar mediante la agregación de dicha prueba, y porque las normas regulatorias de la presentación de documentos en el proceso no son de orden público (CNFedCivCom, Sala II, 4-3-99, L.L. 2000-B-406).

¹⁴⁸ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 469, n° 9, comentario al art. 260; Yáñez Álvarez: *El replanteo de pruebas en la alzada*, J.A., doctrina, 1969-579; Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 215/216.

¹⁴⁹ Eisner: *El llamado replanteo de pruebas en la alzada*, L.L. 1980-C-410

¹⁵⁰ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 280.

¹⁵¹ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 469, n° 11, comentario al art. 260.

¹⁵² El art. 260 inc. 3° del Cód. Procesal establece una excepción al principio de que las sentencias judiciales deben remitirse al estado de cosas existentes al momento de la traba de la litis, pues por razones de economía procesal o por el debido resguardo de la verdad jurídica objetiva, se impone considerar al sentenciar aquellos hechos sobrevinientes que -sin varias las pretensiones deducidas- han consolidado o extinguido el derecho

Los documentos a que se refiere este inciso son: **a)** los de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia; y **b)** los anteriores a tal oportunidad, si el interesado afirmare no haber tenido antes conocimiento de ellos. Pueden ser documentos emanados de las partes como también de terceros¹⁵³, pero que ***por primera vez se incorporan al expediente***, por ser, precisamente, de "*fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia o anteriores, si afirmaren no haber tenido antes conocimiento de ellos*".

La agregación de documentos en segunda instancia significa una excepción a la regla contenida en el art. 333 del CPCCN, y, consecuentemente, sólo corresponde en los casos específicamente señalados por la ley, y su procedencia debe ser estimada con criterio restrictivo¹⁵⁴.

Para que sea factible la agregación de documentos de fecha anterior al llamamiento de autos para sentencia de primera instancia, el interesado debe afirmar "*no haber tenido antes conocimiento de ellos*"; basta la sola afirmación, no siendo necesario el juramento; pero debe tratarse de una situación real, o al menos verosímil, porque cualquier circunstancia que evidencie que la parte tuvo conocimiento del documento con anterioridad a la providencia de autos para sentencia de primera instancia debe ser tenida en cuenta para no admitir la prueba en cuestión¹⁵⁵; tal es lo que ocurriría, por ejemplo, si se trata de un telegrama de fecha anterior a la providencia de autos para sentencia dirigido por quien lo presenta¹⁵⁶.

Si se trata de documentos conocidos pero que la parte se encontraba imposibilitada de acompañarlo por no estar en su poder, ellos pueden ser agregados en la alzada, siempre que los haya mencionado en la etapa oportuna (demanda, reconvencción, contestación de ambas, según surge de los arts. 333, 335, 358 y cc. CPCCN), y alegue circunstancias verosímiles de su imposibilidad de acompañarlos con anterioridad¹⁵⁷.

El tribunal de alzada tiene facultad de no admitir aquellos documentos que constituyan una prueba manifiestamente improcedente, superflua o meramente dilatoria (art. 364, pár. 2° CPCCN).

aplicable (CNCom., Sala A, 9-12-99, L.L. 2000-E-920, J. Agrup., caso 15.236).

¹⁵³ Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 464; Tarsia, Vicente E.: *Recursos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., La Ley, 1982, pág. 41, citando un fallo de la C1°CivCom Mercedes, 1-12-70, causa 73.672.

¹⁵⁴ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 471, n° 13, comentario al art. 260; Fenochietto y Arazi: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1983, t. 1, pág. 829, comentario al art. 260; CNCiv., Sala A, 26-7-79, Rep.E.D. 13-708, n° 6, y Rep.E.D. 14-784, n° 9; id., id., 20-10-81, L.L. 1982-A-417; id., Sala C, 22-12-75, E.D. 67-358; id., id., 20-4-81, L.L. 1981-C-431; id., Sala E, 3-7-85, E.D. 115-427.

¹⁵⁵ Fassi, Santiago y Yáñez, César D.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1988, t. 2, pág. 471, n° 13, comentario al art. 260; CNCiv., Sala A, 26-7-79, L.L. 1980-C-411, y Rep.E.D. 14-784, n° 9.

¹⁵⁶ CNCiv., Sala C, 17-12-68, L.L. 135-1137, 21.090-S, y E.D. 26-428; id., Sala F, 28-6-73, E.D. 50-397.

¹⁵⁷ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 282; Cafasso, Jorge: *La apertura a prueba en segunda instancia*, JUS 20-32.

Del escrito en que se ofrece la prueba documental como también de los documentos, deben acompañarse las copias necesarias (art. 120 CPCCN). Debe correrse traslado a la parte contraria -providencia cuya notificación debe hacerse, en principio, en forma automática¹⁵⁸-, quien puede oponerse a la agregación de la prueba, ya porque se trate de algo manifiestamente improcedente, superfluo o meramente dilatorio (art. 364, pár. 2° CPCCN), o porque alegue que el presentante había tenido conocimiento de los documentos con anterioridad a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o porque alegue que la contraria los habría podido acompañar con anterioridad. Y si no se trata de ninguno de los supuestos señalados, la contraria debe reconocer o negar categóricamente su autenticidad o recepción si se trata de documentos atribuidos a ella o que se afirma que le han sido enviados (art. 356 inc. 1° CPCCn), o presentar nuevos documentos para oponer a los traídos por la otra parte¹⁵⁹. Y si la parte a quien se corre traslado de los documentos no niega en forma categórica la autenticidad o la recepción, su silencio, o respuestas evasivas, o la negativamente general determinará que se los tenga por reconocidos o recibidos de conformidad a las prescripciones del artículo 356 inc. 1° CPCCN¹⁶⁰.

Si la parte contraria a quien presenta el documento lo reconoce en forma expresa o tácita (por no haber negado categóricamente su autenticidad o recepción), no corresponde la apertura a prueba en la alzada. Pero si se negara expresamente la autenticidad de los documentos o la recepción de las cartas o telegramas, resultaría conveniente fijar un plazo a efectos de la producción de la prueba tendiente a acreditar la autenticidad o la recepción respectivamente¹⁶¹.

Posiciones en segunda instancia

El inc. 4° del art. 260 del CPCC permite también a las partes, dentro del quinto día de notificadas de la providencia a que se refiere el art. 259, en un solo escrito, juntamente con las otras cuestiones a que se refieren los otros incisos, "*exigir confesión judicial a la parte contraria sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior*".

La norma en cuestión sólo es aplicable al juicio ordinario, y no al sumario cuyo empleo excluía el art. 274 del CPCCN (el que, a su vez, fue suprimido por la ley 25.488).

El único recaudo que establece el art. 259 del CPCCN para la admisibilidad de las

¹⁵⁸ Fenochietto y Arazi: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nac.*, Bs. As., Astrea, 1983, t. 1, pág. 831, comentario al art. 261; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 221 y nota 99.

¹⁵⁹ Palacio: *Derecho Proesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 283; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 464

¹⁶⁰ Palacio: *Derecho Proesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 283/284.

¹⁶¹ Palacio: *Derecho Proesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 283; Alsina: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., Ediar, 1961, t. IV, pág. 397.

posiciones en segunda instancia es que versen "*sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior*", es decir, debe tratarse de hechos distintos de los que se exigió confesión en primera instancia. Un criterio ha entendido que es presupuesto esencial para la viabilidad de las posiciones en la alzada, que las mismas se hayan producido en primera instancia, pues si no fuera así, resulta imposible conocer los hechos que quedaron fuera de tal prueba, y establecer así el objeto de las de segunda instancia¹⁶². Entendemos, sin embargo, que lo único que pretende la ley es que no se reitere la confesional sobre hechos que ya fueron objeto de absolución en primera instancia; por lo tanto, aunque no se haya efectivamente realizado la confesión en primera instancia, lo mismo puede exigirse en la alzada dado que la reiteración de los hechos a confesar resulta imposible, al no haberse realizado la prueba en la instancia anterior¹⁶³.

Sólo puede pedirse la absolución de posiciones de la parte contraria, siendo inadmisibles que se pida la propia confesional¹⁶⁴.

Para recibir la confesional a que se refiere el inciso 4° del art. 260 del CPCCN no es necesario que se abra la causa a prueba en segunda instancia¹⁶⁵. Basta con señalar audiencia bajo el apercibimiento contenido en los arts. 409 y 417 del CPCCN. Y si es la parte que pidió las posiciones la que no comparece sin justa causa a la audiencia ni hubiese dejado pliego y compareciese el citado, perderá el derecho de exigirlos (art. 410 CPCCN).

Hechos nuevos

Generalidades

El inciso 5° del art. 260, ap. a, del CPCCN establece que las partes pueden pedir que se abra la causa a prueba cuando "*se alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el art. 365, o se tratase del caso a que se refiere el 2do. párr. del art. 366*". La norma se refiere al supuesto de que se alegaren "hechos nuevos" y no "documentos nuevos" que tienen su regulación en el inciso 3° del mismo artículo.

La alegación de un hecho nuevo, al igual que las demás cuestiones permitidas por el art. 260 del CPCCN, sólo pueden realizarse en el recurso de apelación concedido libremente,

¹⁶² Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 284; CNCiv., Sala A, 2-7-69, E.D. 29-128, voto del doctor de Abelleira; id., id., 14-6-73, E.D. 52-509; CNCom., Sala B, 17-11-76, Rep.E.D. 11-761, n° 3.

¹⁶³ Levitán, José: *Recursos en el proceso civil y comercial*, Bs. As., Astrea, 1986, pág. 72; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 224

Las partes tienen derecho a ponerse posiciones en la alzada, con independencia del ejercicio que hayan hecho de la correlativa facultad de exigirse confesión en primera instancia o de la suerte que haya corrido la probanza en dicha instancia (CNCiv., Sala A, 2-7-69, E.D. 29-128; id., id., 30-4-81, E.D. 94-441; id., id., 20-10-72, E.D. 52-509, voto de la mayoría integrada por los doctores Jorge J. Llambías y Jorge I. Garzón Maceda

¹⁶⁴ CNPaz, Sala IV, 16-11-72, E.D. 52-509.

¹⁶⁵ Alsina: *Tratado ...*, Bs. As., Ediar, 1961, t. IV, pág. 398; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 285

dentro de cuya regulación se encuentra la norma citada; y no cuando el recurso debe concederse "en relación" (art. 275, segundo párrafo)¹⁶⁶.

Hechos nuevos y hechos recién conocidos

Los "hechos nuevos" a que se refiere la norma en cuestión son los mismos hechos que los contemplados en el art. 365 del CPCCN, con la única particularidad de que sean posteriores a la oportunidad prevista en esta última norma. Debe tratarse de "*hechos*", no de *normas* que no necesitan ser invocadas por las partes¹⁶⁷. Y pueden ser hechos que *ocurrieron* con posterioridad a la oportunidad prevista en el art. 365 ("hechos nuevos" propiamente dicho) o que *llegaron a conocimiento de la parte* con posterioridad a esa oportunidad ("hechos recién conocidos")¹⁶⁸. Si se trata de hechos ocurridos o que han sido conocidos con anterioridad, y que habiendo sido alegados en primera instancia han sido indebidamente rechazados, pueden también ser objeto de prueba en segunda instancia; pero en tal caso, para que la cuestión pueda llegar a la alzada, el interesado debe haber interpuesto recurso de apelación contra la decisión denegatoria de primera instancia (el que se concede con efecto diferido, según lo dispone el segundo párrafo del art. 366 del CPCCN, y debe fundamentarse y resolverse de conformidad a lo que indican los arts. 260 inc. 1º y cc.), y si la decisión admite el hecho nuevo, el mismo podrá ser objeto de prueba en la alzada¹⁶⁹.

Los "hechos nuevos" a que se refiere el inc. 5º del art. 260 del CPCCN (como también los que se aleguen en primera instancia) deben tener "*relación con la cuestión que se ventila*" (art. 365)¹⁷⁰. En tal sentido se ha dicho que los hechos nuevos son pertinentes siempre que guarden íntima relación con la exposición de los hechos efectuada en los escritos

¹⁶⁶ Sin embargo se ha resuelto que si bien la denuncia de hechos nuevos no está prevista en el procedimiento de alimentos, corresponde declarar su admisión si éstos acaecieron y fueron denunciados en una oportunidad procesal apta para su inclusión entre las cuestiones propuestas a conocimiento del tribunal, sin que su sustanciación irrogue una demora en el trámite, pues la remisión del alimentante a la vía prevista en el art. 650 del Cód. Procesal resulta contraria a los principios de concentración y economía procesal (CNCiv., Sala H, 19-12-96, L.L. 1997-C-443, y DJ, 1997-2-910).

¹⁶⁷ CNCiv., Sala A, 29-3-79, L.L. 1979-B-424, y E.D. 84-705; CNTrab, Sala I, 25-8-66, Rep.L.L., XXVII-1403, nº 86.

¹⁶⁸ Carli, Carlo: *La demanda civil*, La Plata, Lex, 1977, pág.311.

La admisibilidad del hecho nuevo en segunda instancia se encuentra condicionada al requisito de que se haya producido o llegado a conocimiento de las partes, con posterioridad a la oportunidad fijada por el art. 365 del Cód. Procesal con relación al procedimiento de primer grado, vale decir, una vez transcurrido el plazo de cinco días desde la notificación de la providencia de apertura a prueba (CNCiv., Sala A, 15-10-79, Rep.E.D. 14-773, nº 52; CNPaz, Sala I, 11-6-68, L.L. 131-671

¹⁶⁹ CNCiv., Sala C, 6-5-80, Rep.E.D. 15-752, nº 13; *id.*, *id.*, 21-12-71, E.D. 49-238; *id.*, *id.*, 11-12-73, L.L. 155-686, 31.440-S, y J.A. 22-1974, pág. 321; *id.*, Sala A, 14-6-72, E.D. 43-413

¹⁷⁰ La articulación de un hecho nuevo en la alzada requiere la relación directa con la cuestión que se ventila; lo que implica que debe ser debidamente concretado, explicitando la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas en los escritos constitutivos del proceso, y ha de ser útil como factor de solución y susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes. Todo ello supeditado a la satisfacción de los restantes recaudos de índole formal establecidos en el art. 260 del Cód. Procesal (CNCom., Sala A, 10-9-99, L.L. 2000-B-239, y DJ, 2000-1-1011).

Debe desestimarse la pretensión de poner a consideración de la alzada un hecho nuevo, si su acogimiento no puede hacer variar la suerte del litigio (CNTrab, Sala IV, 31-5-00, L.L. 2000-E-899, 43.067-S).

introdutorios de la relación jurídico procesal, revistiendo una entidad tal que los haga susceptibles de influir en la decisión a tomarse por el tribunal, conforme al *thema decidendum* propuesto a su conocimiento¹⁷¹. Pero a diferencia de los que pueden alegarse en primera instancia, en la alzada solamente pueden alegarse aquellos "*que ocurriesen o llegasen a conocimiento de las partes*" con posterioridad a la oportunidad prevista en el art. 365, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo de cinco días computados a partir de la notificación de la providencia de apertura a prueba en primera instancia¹⁷².

No es admisible mediante la alegación de un hecho nuevo pretender invocar una causa nueva que no ha sido incluida en la litis¹⁷³. La alegación de un hecho nuevo tampoco puede importar la transformación de la pretensión objeto del juicio, ni mucho menos la interposición de una pretensión nueva, pues ello significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, lo que resulta ajeno a nuestra legislación, en donde, en principio, no pueden promoverse ante el tribunal de segunda instancia ninguna cuestión que no estuviera comprendida en la relación procesal original¹⁷⁴.

Cualquiera de las partes, tanto apelante como apelado, pueden alegar en el trámite del recurso de apelación los "hechos nuevos" a que se refiere el art. 260 inc. 5° del CPCC¹⁷⁵.

Forma y plazo para alegar los hechos nuevos en segunda instancia. Sustanciación

La alegación del hecho nuevo y el pedido de apertura de la causa a prueba en segunda

¹⁷¹ CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ, 1998-3-1188; Id., Id., 19-12-96, L.L. 1997-C-443, y DJ, 1997-2-910.

La admisibilidad del hecho nuevo invocado en la alzada está condicionada no sólo por la oportunidad del planteo, sino fundamentalmente por la necesaria relación que guarde con la cuestión que se ventila, de modo que sea susceptible de influir en la decisión final (CNCiv., Sala G, 13-2-97, L.L. 1997-D-312).

¹⁷² La articulación del hecho nuevo en la alzada requiere que se plantee dentro del plazo fijado por el art. 260 del cód. procesal y que concurran algunos de los supuestos que contempla el inc. 2° apartado a) de dicha norma, es decir, que sea posterior a la oportunidad prevista por el art. 365 del citado cuerpo legal. Además, debe tener relación directa con la cuestión que se ventila (CNCiv., Sala C, 23-2-99, E.D. 187-691, SJ-552).

El hecho nuevo sólo puede ser invocado en la alzada si fue conocido después de los cinco días de notificada la providencia de apertura a prueba, y debe surgir de las constancias del expediente que tal hecho no fue ni pudo ser conocido con anterioridad por la parte que la alega (CNCiv., Sala E, 20-8-96, L.L. 1998-D-903, 40.744-S).

En la regulación procesal del hecho nuevo confluyen dos elementos a valorar: las condiciones de su pertinencia y la oportunidad de su alegación. En segunda instancia, esto último se configura mediante su invocación dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 del Cód. Procesal, y en los términos del art. 260 inc. 5°, ap. "a" del mismo cuerpo legal, lo cual responde al instituto de la preclusión, la celeridad y el orden de los procesos (CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ, 1998-3-1188).

¹⁷³ CNCiv., Sala F, 14-2-74, E.D. 58-652; íd., íd., 18-12-74, L.L. 1975-B-167; íd., íd., 14-10-74, Rep.E.D. 10-886, n° 45.

¹⁷⁴ Palacio: *Derecho Procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. V, pág. 286; Alsina: *Tratado...*, Bs. As., Ediar, 1961, t. IV, pág. 401/402; CNCiv., Sala B, 11-6-70, E.D. 36-403, y Rep.E.D. 5-837, n° 90; íd., Sala E, 19-6-84, L.L. 1984-D-649; SC Bs. As., 28-12-71, E.D. 41-808; CApelCivCom Rosario, Sala II, 15-10-71, Juris 39-177, y Rep.L.L., XXXIII-1164, n° 47.

¹⁷⁵ Carli, Carlo: *La demanda civil*, La Plata, Lex, 1977, pág.311; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 472; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 287; CNCiv., Sala C, 5-11-63, E.D. 6-987.

En sentido contrario se ha resuelto que el hecho nuevo y la consiguiente apertura a prueba, sólo puede ser invocado por quien recurre de la sentencia (arts. 259 y 260 Cód. Procesal) (CNCiv., Sala A, 4-12-69, E.D. 33-416; íd., íd., 15-3-68, E.D. 23-823, y J.A. 1968-V-612, n° 14).

instancia deben realizarse dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 del CPCCN (es decir, la providencia que ordena poner el expediente en la oficina para que el apelante exprese agravios con relación a la apelación deducida contra la sentencia definitiva). El plazo citado, como ya se dijo, es perentorio (art. 155 CPCCN), e individual en cuanto corre independientemente para cada parte a partir de la respectiva notificación.

La alegación de hechos nuevos y el pedido de apertura a prueba debe hacerse en un solo escrito juntamente con las demás cuestiones que permite el art. 260 del citado Código, tal como expresamente lo señala este último artículo, acompañado con las copias a que se refiere el art. 120. Debe hacerse en forma clara y concreta¹⁷⁶; el hecho nuevo debe estar explicado claramente¹⁷⁷, es decir, el interesado debe explicitar la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas en los escritos del proceso, la cual, en virtud de que debe ser conducente, ha de ser susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes, o, en otros términos, ser útil como factor de solución¹⁷⁸.

De la petición respectiva corresponde correr traslado a la parte contraria, quien debe contestarla dentro del plazo de cinco días (art. 261 CPCC), plazo que también reviste naturaleza perentoria (art. 155) y es individual.

La resolución respectiva

El tribunal de apelaciones debe limitarse a verificar, con relación a los hechos invocados, si éstos revisten el carácter de "nuevos" o de "recién conocidos", y si guardan *prima facie* relación con las cuestiones en litigio, pero reservando la meritación de la prueba para la oportunidad del pronunciamiento respectivo¹⁷⁹.

Sólo procede admitir el hecho nuevo invocado cuando de las constancias de los autos resulta en forma indubitable que el mismo no ha sido ni ha podido ser conocidos por la parte que los alega¹⁸⁰.

Si el tribunal resuelve admitir el hecho nuevo, corresponde abrir la causa a prueba fijando el plazo respectivo para la producción de los medios respectivos (art. 367 CPCCN)¹⁸¹, salvo que el mismo haya sido reconocido por la contraria a la que lo alega, en cuyo caso, no se da el supuesto de "hecho controvertido", que es cuando el ordenamiento procesal autoriza la producción de pruebas (art. 360)¹⁸²; tampoco es necesaria la apertura a prueba si las partes

¹⁷⁶ CNCiv., Sala B, 20-5-70, E.D. 33-402, y Rep.E.D. 5-836, n° 89.

¹⁷⁷ CNCiv., Sala A, 19-5-81, L.L. 1981-D-188.

¹⁷⁸ CNCiv., Sala C, 23-2-99, E.D. 187-691, SJ-552.

¹⁷⁹ CNCiv., Sala F, 15-11-77, Rep. E.D. 13-699, n° 62; *id.*, *id.*, 13-9-82 y 1-6-83, Rep.E.D. 18-822, n° 80; *id.*, *id.*, 10-10-83, L.L. 1984-B-224.

¹⁸⁰ CNCom., Sala A, 4-3-81, Rep.E.D. 15-754, n° 28.

¹⁸¹ CNCiv., Sala F, 5-11-81, L.L. 1982-C-130.

¹⁸² CNCiv., Sala A, 16-9-65, L.L. 121-682, 13.098-S.

Los hechos acerca de los cuales no media conformidad, que según el art. 360 del CPCC deben ser probados por los litigantes, no son solamente los hechos controvertidos, sino, también aquellos que son afirmados por una parte y respecto de los cuales la contraparte guarda silencio (CNCom., Sala B, 19-4-91, E.D.

manifestaren que no tienen otra prueba más a producir que la documental ya agregada: en tal caso, puede prescindirse de la apertura a prueba por conformidad de partes (art. 362).

Todo lo relacionado con la producción de la prueba, se rige, en lo que fuere compatible, por las disposiciones establecidas para la primera instancia (art. 262 CPCCN).

Interpretación restrictiva

Ya se señaló que la jurisprudencia ha interpretado que la apertura de la causa a prueba en la alzada es excepcional y debe ponderarse con criterio restrictivo¹⁸³. Específicamente, se ha resuelto que la apertura a prueba que autoriza el art. 260 inc. 5° del CPCCN tiene carácter restrictivo¹⁸⁴; y la admisión de hechos nuevos en segunda instancia debe interpretarse con igual criterio¹⁸⁵. En tal sentido se ha destacado que los hechos integrativos de la litis, así como los elementos tendientes a probarlos, deben ser incorporados al proceso ante la primera instancia, donde corresponde llevar adelante la instrucción de la causa: ello demuestra la admisibilidad de los hechos nuevos en segunda instancia como supuesto de excepción, lo cual induce a aplicar un criterio riguroso al juzgar esa admisibilidad¹⁸⁶.

Hechos nuevos rechazados en primera instancia con apelación concedida con efecto diferido (artículos 366 y 260 inc. 5°, ap. a, in fine)

El otro caso en que las partes pueden pedir la apertura a prueba en el trámite del recurso de apelación, es en el supuesto de hecho nuevo invocado en primera instancia, que fue rechazado por el juez *a quo*: si el interesado apeló de esta última resolución, el recurso debe ser fundado en la oportunidad que indica el inc. 1° del art. 260 del CPCC (dado que en estos supuestos el recurso debe ser concedido con efecto diferido, según lo establece el art. 366). Es decir, para que el interesado pueda pedir en estos casos la apertura de la causa a prueba, tal como lo permite el inc. 5, ap. a, *in fine* del art. 260 del CPCCN, debe haberse denegado en primera instancia un hecho nuevo allí invocado. Pero esta vía no habilita a pretender probar en la alzada un hecho nuevo admitido en primera instancia, respecto del cual no se ha producido ninguna prueba¹⁸⁷.

El único que puede pedir la apertura a prueba en la alzada es la parte que alegó el hecho nuevo en primera instancia y que apeló de la resolución denegatoria. Constituye requisito ineludible el haber fundado el recurso de conformidad a las prescripciones del inc. 1° del art. 260 del CPCCN, dado que, en caso contrario, la resolución denegatoria del hecho

143-688).

¹⁸³ CNCiv., Sala C, 11-11-81, Rep.E.D. 18-822, n° 73-74; id., Sala F, 6-5-71, E.D. 38-652; CApelCivCom Santa Fe, Sala I, 31-7-80, Rep.L.L. XLII-1919, n° 21.

¹⁸⁴ CNCiv., Sala F, 17-12-75, L.L. 1976-B-431, 33.484-S; id., id., 4-6-76, L.L. 1976-D-647, 33.813-S; Id., Sala E, 30.11.99, E.D. 190-578, SJ-760; CNCCom., Sala A, 4-3-81, Rep.E.D. 15-754, n° 28; id., Sala B, 10-4-77, L.L. 1978-B-410.

¹⁸⁵ CNCiv., Sala F, 18-12-69, E.D. 31-256, y Rep.E.D. 4-1126; CNCCom., Sala A, 9-12-80, L.L. 1981-B-421.

¹⁸⁶ CNCiv., Sala H, 3-9-97, L.L. 1998-B-434, y DJ 1998-3-1188.

¹⁸⁷ CNCiv., Sala A, 18-5-82, Rep.E.D. 18-819, n° 36.

nuevo dictada en primera instancia habría quedado firme.

Del pedido de apertura a prueba y del escrito fundando la apelación interpuesta contra la decisión de primera instancia denegatoria del hecho nuevo debe correrse traslado a la parte contraria, quien debe contestar dentro de los cinco días (art. 261 CPCCN).

Medidas para mejor proveer

La atribución contenida en el art. 36 inc. 2° del CPCCN alcanza también al Tribunal de Apelaciones. Puede, por lo tanto disponer medidas para mejor proveer y *"ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes"*¹⁸⁸. Ha dicho la Corte Suprema de la Nación que la facultad de los jueces de disponer, en cualquier estado del proceso, las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable, pues, de lo contrario, la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso sino precisamente la frustración del ritual de la aplicación del derecho¹⁸⁹.

Procedimiento para la producción de pruebas en segunda instancia

Sobre el tema, el art. 262 del CPCCN establece como pauta general que *"las pruebas que deban producirse ante la Cámara se registrarán en cuanto fuere compatible, por las disposiciones establecidas para la primera instancia. Para alegar sobre su mérito, las partes no podrán retirar el expediente. El plazo para presentar el alegato será de seis días"*. Y el art. 263 prescribe que *"los miembros del tribunal asistirán a todos los actos de prueba en los supuestos que la ley establece o cuando así lo hubiese solicitado oportunamente alguna de las partes en los términos del art. 34 inc. 1°. En ellos llevará la palabra el presidente. Los demás jueces, con su autorización, podrán preguntar lo que estimaren oportuno"*.

Es decir, de conformidad a las normas transcritas, debe fijarse un plazo probatorio (art. 367 CPCC): normalmente lo fija la Cámara al resolver las cuestiones del art. 260; pero si por cualquier motivo no lo hubiera hecho, el mismo puede ser fijado por el presidente del tribunal al tratarse de una providencia de trámite (art. 273 del mismo Código). La prueba debe producirse por los medios expresamente previstos por la ley y por los que el juez disponga de oficio o a pedido de parte (art. 378); y si se trata de expedientes judiciales, deben agregarse testimonios o certificados del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar los expedientes en oportunidad de encontrarse la causa en estado de dictar sentencia (art. 376).

¹⁸⁸ Sin perjuicio de las medidas que el tribunal pueda tomar en virtud de las facultades conferidas por el art. 36 inc. 2° del Cód. Procesal, la recepción de prueba en segunda instancia es excepcional, y los supuestos de admisibilidad son de interpretación restrictiva (CNCiv., Sala F, 11-2-96, L.L. 1997-C-950, 39.474-S).

¹⁸⁹ CSJN, 1-4-97, Rep.E.D. 31-692, n° 1.

Las pruebas deben diligenciarse oportunamente, pudiendo, caso contrario, declararse la negligencia de conformidad a los arts. 383, 384 y 385. En la apreciación de la prueba deben seguirse las reglas de la sana crítica, tal como lo indica el art. 386).

Los alegatos

Las partes, luego de clausurado el plazo probatorio, deben presentar los "**alegatos**" de conformidad a las normas que rigen en primera instancia. La particularidad que presenta la situación en la alzada es que las partes no podrán retirar el expediente, y que el plazo para presentarlos es de seis días (art. 262 CPCCN).

Pueden también presentar lo que el art. 264 denomina "**informe in voce**". En tal sentido, este último artículo establece que si las partes pretenden hacer este informe oral deberán manifestarlo dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 (es decir, la providencia que ordena poner el expediente en la oficina para la presentación de la expresión de agravios en el recurso contra la sentencia definitiva); caso contrario, se resolverá sin dichos informes. Como dice Peyrano, este instituto ha sido poco ejercitado, mal entendido y lacónicamente legislado¹⁹⁰.

El Diccionario de la Real Academia dice que el "**alegato**" es el "escrito en el cual expone el abogado las razones que sirven de fundamento al derecho de su cliente e impugna las del adversario". Y específicamente, con relación al "**alegato de bien probado**" lo describe como el "escrito, llamado ahora de conclusiones, en el cual, con el resultado de las probanzas, mantenían los litigantes sus pretensiones al terminar la instancia"; también se lo suele llamar "discusión final", "discusión de la causa", "escrito de conclusión", etc.¹⁹¹. En este último sentido se utiliza la palabra "alegato" en los arts. 262, 482 y cc. CPCCN. A su vez, el "**informe in voce**" viene a ser un alegato de bien probado pero realizado en forma oral; se trata de un informe oral sobre las pruebas producidas, una alegación sobre el mérito de ellas; en otras palabras, un nuevo "alegato", pero oral esta vez¹⁹².

El "**alegato de bien probado**", entonces, es un escrito por el que se hace un análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas; se trata de una pieza conclusiva sobre cuestiones ya existentes en el proceso, pero no un medio para aportar nuevos elementos¹⁹³. Como dice Falcón, mediante el alegato cada parte defiende una historia; defiende los hechos que han incluido en los escritos iniciales (demanda, reconvención, sus contestaciones, hechos

¹⁹⁰ Peyrano, Jorge W.: *El informe "in voce" en la segunda instancia civil y comercial*, J.A. 1980-II-752.

¹⁹¹ Falcón, Enrique M.: *Tratado de la prueba*, Bs. As., Astrea, 2003, tomo 2, pág. 474.

¹⁹² Rillo Canale, Oscar, voz *Informe "in voce"*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XV, pág. 745; Peyrano, Jorge W.: *El informe "in voce" en la segunda instancia civil y comercial*, J.A. 1980-II-752; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 291; Hitters: *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág.490.

¹⁹³ Falcón: *Tratado de la prueba*, Bs. As., Astrea, 2003, tomo 2, pág. 486.

nuevos); se busca apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos fijados a través de las probanzas¹⁹⁴.

La particularidad que presenta el alegato de bien probado cuando se presenta en segunda instancia es que las conclusiones que se exponen sobre los hechos no sólo deben basarse en las probanzas de primera instancia sino también las producidas en el trámite del recurso de apelación; se debe hacer un análisis conjunto de todo el material probatorio aportado a la causa.

14) LA DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Preliminares del acuerdo

El art. 268 del CPCCN dice que *con la expresión de agravios y su contestación, o vencido el plazo para la presentación de éste y, en su caso, sustanciadas y resueltas las cuestiones a que se refieren los arts. 260 y ss., se llamará autos y, consentida esta providencia el expediente pasará al acuerdo sin más trámite. El orden para el estudio y votación de las causas será determinado por sorteo, el que se realizará al menos dos veces en cada mes*". Es decir, antes de que los miembros del tribunal estudien el expediente (art. 270), celebren el acuerdo y dicten sentencia (arts. 271 y 272), deben cumplirse los trámites de llamamiento de autos para sentencia, su notificación, y sorteo para establecer el orden de estudio y votación.

La sentencia

Normas legales

El art. 271 del CPCCN dice que la sentencia *"se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios"*. El primer párrafo del art. 164 se refiere al contenido de la sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia, y dice en tal sentido que la misma *"deberá contener, en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el artículo anterior y se ajustará a lo dispuesto en los arts. 272 y 281, según el caso"*. Y el art. 163, aplicable por la remisión que hace la última parte del art. 164, dice en el inciso 3° que la sentencia debe contener *"la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio"* (es la parte de la sentencia que suele denominarse "resultandos"); la norma agrega que también debe contener *"la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior"* (inc. 4°), y *"los fundamentos y la aplicación de la ley"* (inc. 5°).

La fundamentación de la sentencia de la alzada.

¹⁹⁴ Falcón: *Tratado de la prueba*, Bs. As., Astrea, 2003, tomo 2, pág. 499.

a) La valoración de la *prueba* y la determinación de los *"hechos"*

Luego de hacer una relaciones sucinta de las cuestiones que constituyen objeto de recurso (arts. 163 inc. 3° y 164 CPCCN), la sentencia de la alzada debe hacer una consideración, por separado, de las mismas (arts. 163 inc. 4° y 164); pero debe tratarse de cuestiones conducentes y esenciales, pues, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones o argumentaciones¹⁹⁵, sino sólo aquellas que sean conducentes para componer el litigio¹⁹⁶ y dar sustento a un pronunciamiento válido¹⁹⁷.

La fundamentación comprende aspectos fácticos y jurídicos. Con relación a los primeros la sentencia debe determinar los *"hechos"*, es decir, establecer, a la luz de las pruebas aportadas, cuáles hechos son ciertos por haber sido acreditados. En esta tarea el juzgador está limitado en dos aspectos: por un lado, sólo debe considerar los hechos alegados por las partes, y por el otro, únicamente puede valorar la prueba rendida en el expediente en cuya producción se haya respetado el principio de defensa en juicio de las partes. Como principio, en nuestro sistema dispositivo, las partes tienen la "carga procesal" de aportar la prueba (art. 377 CPCCN); no obstante ello, los ordenamientos modernos reconocen también atribuciones al juez para complementar la prueba aportada por las partes (p.ej., art. 36 inc. 2°), aunque no para sustituir la carga de ellas.

Conforme lo dispone el art. 386 del CPCCN, y lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no están obligados a ponderar todas las pruebas agregadas al expediente sino aquellas que resulten esenciales y decisivas para la correcta solución del litigio¹⁹⁸; pero es descalificable como acto jurisdiccional la sentencia que omita la valoración de pruebas de importancia a tal fin¹⁹⁹.

En la valoración de las pruebas y formación de su convicción el tribunal debe seguir las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCCN)²⁰⁰. En esta actividad mental o razonamiento

¹⁹⁵ CSJN, 24-3-88, L.L. 1988-D-63; Id., 5-8-80, Fallos 302-827; Id. 18-3-70, L.L. 139-764, 24.057-S.

¹⁹⁶ CSJN, 30-4-90, L.L. 1990-D-237; CNCiv., Sala K, 18-12-89, L.L. 1990-C-122;

¹⁹⁷ CNFed. Cont.-adm., Sala V, 31-3-97, L.L. 1998-C-394.

¹⁹⁸ CSJN, 18-9-80, Rep.E.D. 14-736, n° 69; Id., 18-3-70, L.L. 139-764, 24.057-S; Id., 13-8-86, E.D. 122-262; Id., 22-6-87, E.D. 124-304.

¹⁹⁹ CSJN, 23-4-91, L.L. 1991-E-851, n° 195; Id., 23-10-79, L.L.1980-A-555; Id., 3-3-92, L.L. 148-479, con nota de Augusto M. Morello; CNCom., Sala E, 5-8-92, E.D. 154-590.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que decidió el litigio en base a afirmaciones dogmáticas que dejan de lado las probanzas aportadas al proceso, sin un mínimo de análisis que permita establecer las razones por las cuales el tribunal sentó conclusiones de hecho que aparecen en contradicción con constancias que informa la prueba (CSJN, 29-12-79, RepL.L. XLI, J-Z, pág. 2755, n° 486).

Si la valoración de la prueba -rechazada sin el debido fundamento- es susceptible de variar el resultado del proceso, corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado, sin perjuicio de la solución que los jueces de la causa deparen en definitiva a ésta (CSJN, 3-3-81, Rep.L.L. XLII, J-Z, pág. 2204, n° 562).

Es arbitraria la sentencia que se aparta en sus conclusiones de expresas constancias probatorias (CSJN, 13-9-83, Rep.L.L. XLIV, J-Z, pág. 1862, n° 222).

²⁰⁰ Corresponde dejar sin efecto la sentencia cuando el tribunal no se ha ajustado a las reglas de la sana crítica, al limitarse a realizar un examen parcial de los testimonios, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su

para concluir si un hecho está probado o no, el juez tiene plena libertad: si bien está sometido al material de conocimiento aportado a la causa, es libre en la valoración de la prueba²⁰¹. Ya Larenz advertía que el momento de mayor discrecionalidad judicial y de más difícil control es precisamente el de las decisiones sobre los hechos. Y como dice Vigo, frente a aquella racionalidad empírica del paradigma decimonónico que llegaba a atribuir a los juicios de hecho una naturaleza deductiva, hoy se comprende que más que verdades absolutas en los hechos, lo aconsejable es el camino que viene dado "por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación"²⁰².

Los mismos principios rigen para la sentencia de segunda instancia. En su tarea propia el tribunal de alzada puede revisar la valoración de la prueba efectuada por el juez de primera instancia y revocar el pronunciamiento si advierte un apartamiento de los principios que gobiernan las reglas de la sana crítica, el recto desarrollo del pensamiento y/o de las máximas de la experiencia que todo juez debe respetar²⁰³. Pero, el tribunal de alzada, a más de los hechos alegados en la instancia anterior y las pruebas allí producidas, debe analizar y valorar también los hechos alegados y pruebas producidas en la segunda instancia en los supuestos excepcionales en que lo permite el ordenamiento jurídico (art. 260 CPCCN); debe en consecuencia formar su convicción con base en todos los elementos aportados a la causa, tanto en la primera como en la instancia recursiva (sobre el tema, ver el título siguiente sobre el *principio de congruencia*).

b) La aplicación del derecho

Luego que se han determinado los hechos, corresponde la aplicación del derecho. En esta tarea el juzgador debe hacer una correlación entre los hechos ya determinados y el derecho, a fin de encontrar la norma jurídica que mejor se adapte al caso (en esta tarea el juez no está vinculado por las alegaciones de las partes, sino que, por aplicación del principio *iura novit curia*, debe aplicar el derecho que considere que rige el caso, prescindiendo aun del invocado por las partes si lo estima equivocado²⁰⁴). Una vez seleccionada la norma, de conformidad con la ley, califica y regula el comportamiento ajeno. Y como conclusión de esta

conjunto, con menoscabo de la verdad material (CSJN, 29-11-84, L.L. 1985-B-1).

²⁰¹ Rocco, Ugo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As. -Depalma-, Bogotá -Temis-, 1970, tomo II, pág. 251; Devis Echandía: *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, 1966, pág. 540/541

²⁰² Vigo, Rodolfo Luis: *De la Ley al Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2003, pág.47, citando a M. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en "Rivista di diritto processuale", año XLV, n° 2, 1999, p. 444.

²⁰³ CFed. Corrientes, 11-5-00, L.L. 2001-A-649, 43.300-S, y L.L. Litoral 2000-1207.

²⁰⁴ Los jueces tienen el deber de dirimir los conflictos litigiosos, según el derecho vigente aplicable a cada caso, de acuerdo con la regla *iura novit curia*, con independencia de los fundamentos que enuncian las partes, porque esa facultad es propia de aquéllos y deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia (CSJN, 26-2-81, Rep.L.L. XLII, J-Z, pág. 2258, n° 989).

La facultad de calificar autónomamente la realidad fáctica, subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, es propia de los jueces y deriva de los principios esenciales que organizan la función judicial (CSJN, 4-8-87, J.A. 1988-I-495).

operación de aplicación de la ley a los hechos, el juez dicta la sentencia, que es el mandato concreto para regular el caso²⁰⁵, el que, como acto de autoridad, resulta obligatorio. Cabe señalar que lo que caracteriza a esta tarea de aplicar la ley que realiza el órgano jurisdiccional es que se la hace con la "intención" de determinar lo que es correcto en el caso concreto²⁰⁶.

Toda sentencia, entonces, contiene un "juicio lógico" y un "mandato". El juicio es el acto específico de la función jurisdiccional que convierte en cánones concretos las normas preexistentes generales y abstractas dictadas por el legislador; comprende dos partes: los "motivos" (entendidos como "fundamentos") y la "parte dispositiva", que es la que contiene la resolución, Los "motivos" son el sosten de la parte dispositiva y explican el porqué del mandato que toda sentencia contiene²⁰⁷; ambos conforman un solo cuerpo²⁰⁸. Dice Lascano que en la tarea jurisdiccional, como ocurre en toda la actividad del Estado, se busca la ayuda de un razonamiento "que le dé una imponderable fuerza bien diversa, una fuerza que hable al alma, la convenza y le haga reconocer como justo lo proveído por la autoridad"²⁰⁹.

La sentencia debe respetar el "principio de congruencia"

La sentencia de la alzada debe respetar el **principio de congruencia**. Este principio, según ya se señaló, exige que exista conformidad "entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto"²¹⁰; debe existir, entonces, conformidad entre la sentencia y los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición²¹¹; o sea, adecuación de la sentencia a los **sujetos**, **objeto** y la **causa** que individualizan a la pretensión y a la oposición²¹². Existe "**incongruencia subjetiva**" cuando la sentencia no guarda conformidad con las partes en litigio²¹³, al incluir a quien no ha participado en el litigio, u omitir incluir a quien sí lo ha hecho. Existe "**incongruencia objetiva**" cuando la sentencia no guarda conformidad con las peticiones o reclamos de las partes; es decir cuando da más de lo pedido (*ultra petita*), o algo distinto a lo pedido (*extra petita*), u omite pronunciarse sobre algo que

²⁰⁵ Calamandrei, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., EJE, 1973, volumen I, pág. 163

²⁰⁶ Brussin, Otto: *La objetividad de la jurisdicción*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba - Dirección General de Publicaciones, 1966, pág. 27/28.

²⁰⁷ Rodríguez Aguilera, Cesáreo: *La sentencia*, Barcelona, Bosch, 1974, pág. 47.

²⁰⁸ Gorphe, Francois: *Las resoluciones judiciales. Estudio psicológico y forense*, traducción de Luis Alcalá Zamora yCastillo, Bs. As., EJE, 1953, pág. 27.

²⁰⁹ Lascano: *Jurisdicción y Competencia*, Bs. As., Edit. Guillermo Kraft Ltda., 1941, pág. 189/190.

²¹⁰ Guasp: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, tomo I, pág. 517.

²¹¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: *Cód. Prooc. C. y C. de la Nac.*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 2, 1988, pág. 114.

²¹² CNCiv., Sala A, 3-12-81, L.L. 1982-B-44; Id., Sala B, 17-11-81, E.D. 98-362, Id. Id., 19-4-82, J.A. 1984-IV-304; Id., Sala C, 9-10-78, E.D. 84-384; Id. Id., 31-12-78, L.L. 1979-A-576, caso 3552; Id., Sala D, 10-8-71, L.L. 151-650, 30.420-S, y J.A. 1972-12-317; Id., Sala F, 23-6-82, L.L. 121-670, 867-SJ; CNCom., Sala A, 11-9-81, E.D. 96-529.

²¹³ La congruencia exige una decisión expresa, positiva y precisa; y por ello, en este aspecto, la sentencia debe determinar concretamente las personas comprendidas en el pronunciamiento, en forma clara y específica (CNCom., Sala C, 6-6-72, L.L. 146-612, y J.A. 1972-15-368).

ha sido pedido (*infra* o *citra petita*)²¹⁴. Existe "**incongruencia respecto del material fáctico**" cuando la sentencia no guarda conformidad con los "hechos" alegados por las partes como causa de sus pretensiones y oposiciones²¹⁵; y no, no obstante el defecto que implica, a la valoración de la prueba²¹⁶, o a la fundamentación jurídica. Por lo tanto, el juez debe atenerse a la situación fáctica alegada por las partes; pero sin perjuicio de la posibilidad de meritar aquellos "**hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos**" (art. 163, inc. 6°, apartado segundo, del CPCCN)²¹⁷; así, se ha considerado como hecho "constitutivo" el vencimiento de un plazo²¹⁸; como hecho "modificativo", la incidencia del proceso inflacionario de público y notorio conocimiento²¹⁹; y como hecho "estintivo", el pago efectuado durante el curso del proceso²²⁰, y en general el cumplimiento de la prestación que era el objeto de la demanda²²¹.

Todo lo señalado rige también para el tribunal de alzada cuando resuelve los recursos de apelación que se hubieren interpuestos. Pero también puede incurrir en incongruencias específicas de la segunda instancia, cuando no respeta los límites de la apelación y los

²¹⁴ CNCiv., Sala E, 29-2-80, L.L. 1980-C-459.

²¹⁵ Devis Echandía, Hernando: *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, 1966, págs. 539/540.

Incurrir en incongruencia el fallo que no se adecua a la concreta situación de hecho invocada por las partes a fin de delimitar los términos de su pretensión u oposición (CNCom., Sala C, 17-12-84, E.D. 114-668, 97-SJ).

El principio de congruencia impone la conformidad o correlación necesaria de la sentencia con los elementos fácticos contenidos en los actos de alegación que integran y delimitan el objeto del proceso sobre el cual debe recaer el fallo (CNCom., Sala B, 8-5-87, E.D. 125-231).

Corresponde dejar sin efecto la sentencia dictada en un juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito promovido contra el patrono del conductor del camión, si la misma rechazó la demanda por no haberse probado que el demandado fura propietario del vehículo que ocasionó el accidente, prescindiendo de tratar el punto referente a la relación de dependencia que mediaba entre ambos (CSJN, 16-10-73, L.L. 153-173, y E.D. 53-554).

El art. 277 del Código Procesal veda expresamente el tratamiento de hechos que no hubieran sido materia propuesta al pronunciamiento de primera instancia pues, de lo contrario, se pondría en indefensión a la contraparte (CNTra., Sala X, 28-4-99, Rep.L.L. 1999-2166, n° 84, y DT 1999-B-2294).

²¹⁶ Devis Echandía: *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, 1966, pág. 542: De la Oliva, Andrés y Fernández, Miguel: *Lecciones de derecho procesal*, t. II, pág. 337, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, 2° edición, Barcelona, 1984, citado por Colerio, Juan Pedro: *El principio de congruencia (La omisión de considerar pruebas y el tratamiento de cuestiones no sometidas a la alzada)*, L.L. 1993-C-375.

No afecta el principio de congruencia la circunstancia que el juez no valore pruebas o las valore en función axiológica que le es propia, en cumplimiento de la manda legal preestablecida por el art. 384 del Cód. Procesal (CApel.CC. Junín, voto del Dr. Juan J. Azpelicueta, 25-10-90, E.D. 145-715).

²¹⁷ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo V, pág. 435/436.

Aunque el tribunal de alzada no puede expedirse sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, sí debe resolver respecto de aquellas cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia apelada, resultando aplicable en lo pertinente la preceptiva del art. 163 inc. 6°, párr. 2° de la ley ritual (CNCiv., Sala B, 4-7-91, E.D. 143-660).

Nada se opone -y está reconocido por una norma legal expresa- a que el juez valore el hecho sobreviniente durante el proceso que consolida el derecho del actor (C1° Bahía Blanca, 14-2-69, E.D. 34-532).

²¹⁸ CNCiv., Sala E, 20-11-75, L.L. 1976-B-276.

²¹⁹ CNCiv., Sala A, 5-8-80, L.L. 1981-A-77.

²²⁰ CNCiv., Sala D, 28-12-70, J.A. 1971-10-466, y L.L. 142-608, 26.306-S

²²¹ CNCiv., Sala D, 10-3-70, E.D. 32-373.

agravios²²². La sentencia del tribunal de apelaciones debe guardar conformidad, no sólo con las pretensiones formuladas en primera instancia, hechos allí alegados y partes intervinientes en el litigio, sino que, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, también debe guardar adecuación con lo que ha sido objeto de apelación y agravio, no pudiendo exceder de aquellos planteos ni de los límites que el apelante ha puesto al recurso (art. 34 inc. 4°; 163, inc. 6°, 164, 271 y cc. del CPCCN)²²³.

Con relación a las peticiones, no puede el tribunal de apelaciones otorgar más de lo pedido por las partes en primera instancia -o en la alzada en los casos en que es permitido incluir nuevos capítulos (art. 278)-, ni exceder los límites que los apelantes han impuesto a los recursos (*ultra petita*)²²⁴; tampoco puede omitir decidir sobre los planteos oportunamente formulados, tanto en primera como en segunda instancia (*infra petita*), ni dar algo distinto a lo solicitado (*extra petita*). Pero debe tenerse en cuenta que, según ya se ha señalado, el tribunal de alzada debe considerar también -según las conclusiones y decisiones que vaya adoptando respecto de las demás cuestiones- aquellas otras oportunamente planteadas en primera instancia por el vencedor y que fueron desestimadas o no consideradas por la sentencia en grado, las que quedan implícitamente sometidas a decisión de la alzada por la apelación deducida por el vencido (sobre el tema, ver *supra*, el título: **EL PRINCIPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM"**).

Con relación a los hechos, la sentencia de segunda instancia debe guardar también conformidad con los hechos alegados por las partes en los escritos introductorios del proceso. Y aunque la previsión contenida en el rt. 163, inc. 6°, última parte del CPCCN esté establecida en la regulación de la sentencia definitiva de primera instancia, también se aplica a la sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia, que en lo pertinente, se ajusta a igual

²²² Loutayf Ranea: *El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo I, págs. 73 y ss.

²²³ Sobre el tema, ver Peyrano, Jorge W.: *El Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1978, pág. 64; Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. I, pág. 517; De la Rúa, Fernando: *Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil*, L.L. 1982-B-102; Loutayf Ranea, Roberto G.: *El recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, t. I, pág. 115; Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *El principio de congruencia y los límites de la alzada*, E.D. 162-193.

Esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras de Apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional (CSJN, 25-2-92, E.D. 148-464, con nota de Bidart Campos: *El principio de congruencia*, E.D. 148-466).

²²⁴ Uno de los límites impuestos por el ordenamiento ritual al tribunal de alzada es el alcance del memorial o de la expresión de agravios, es decir, que lo que no está dentro de aquéllos no existe para el referido tribunal, y actuar contra la regla antedicha supondría caer en un fallo *ultra petita* (CNCiv., Sala L, 6-7-99, L.L. 2000-D-607, J. Agrup., caso 14-717).

Vulnera el principio de congruencia la sentencia de Cámara que modificó el monto de la condena por lucro cesante cuando tal cuestión no había sido materia de agravios, pues estos constituyen la medida de las facultades del tribunal, quien no puede pronunciarse sobre cuestiones no incluidas en ellos (CS Tucumán, sala civil y penal, Rep.L.L. 2000-2115, n° 79, LL NOA, 2000-1223).

estructura y finalidad (art. 164)²²⁵; por o lo tanto, el tribunal de alzada puede valorar los hechos constitutivos, modificativos y extintivos producidos, no sólo durante el procedimiento de primera instancia, sino también los producidos durante el trámite de la apelación, que se encuentren debidamente acreditados²²⁶.

La sentencia no debe incurrir en "reformatio in peius"

Pero, así como el tribunal de apelaciones no puede dar más de lo pedido por el apelante, por aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius*, tampoco puede resolver en perjuicio del apelante si no existe recurso de la contraparte²²⁷; y ello cuenta en nuestro derecho con respaldo constitucional, pues preserva la vigencia de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.) y el derecho de propiedad (art. 17 Const. Nac.), en tanto, respectivamente, impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede para lograr su eventual mejora, y asegura la estabilidad de las resoluciones judiciales que, en los aspectos no impugnados, configuran un derecho adquirido para la parte a quien benefician²²⁸; y en el orden legal, no obstante existir opiniones diferentes, el principio en cuestión encuentra respaldo en el art. 271, párr. 1° del CPCCN que dice que el tribunal deberá examinar sólo *"las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de gravios"*²²⁹.

La decisión expresa, positiva y precisa

Cuando no se acoge el recurso de apelación, la decisión de la Alzada es más simple por cuanto se limita a "no hacer lugar" o "rechazar" el recurso interpuesto.

En cambio, cuando se acoge el planteo del recurrente, la decisión resulta más compleja, por cuanto, a más de "hace lugar" al recurso y "revocar" la sentencia de primera

²²⁵ Morello, Augusto M.: *Medidas para mejor proveer y hechos sobrevinientes en el trámite del recurso extraordinario*, E.D.- 115-527.

²²⁶ El art. 260 inc. 3° del Cód. Procesal establece una excepción al principio de que las sentencias judiciales deben remitirse al estado de cosas existentes al momento de la traba de la litis, pues por razones de economía procesal o por el debido resguardo de la verdad jurídica objetiva, se impone considerar al sentenciar aquellos hechos sobrevinientes que -sin varias las pretensiones deducidas- han consolidado o extinguido el derecho aplicable (CNCCom., Sala A, 9-12-99, L.L. 2000-E-920, J. Agrup., caso 15.236).

²²⁷ Habiendo apelado una sola de las partes, el resultado del recurso no puede desembocar en que el recurrente quede en peor situación que la que tenía ante la resolución impugnada (CCivComCont-adm San Francisco, 31-5-99, Rep.L.L. 2000-2117, n° 101, LLC 2000-880, 356-S).

²²⁸ CNCiv., Sala A, 15-3-83, L.L. 1983-C-223; De la Rúa, Fernando: *Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil*, L.L. 1982-B-102; Hitters, Juan Carlos: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, La Plata, Platense, 1985, pág. 131/132; Fairén Guillen, Víctor: *Los medios de impugnación*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 361/362; Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la Apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, E.D. 195-959.

La finalidad de la doble instancia radica en corregir o enmendar los agravios que al apelante le causa una sentencia errónea o injusta, más no beneficiar a quien o quienes se han manifestado conformes con la primera sentencia. Por ello, el tribunal de segunda instancia no puede reformar en perjuicio del apelante si su contraria ha consentido el pronunciamiento, pues tal proceder lesiona la equidad a la vez que prescinde del valor de la cosa juzgada (ST Corrientes, 22-6-98, Rep.L.L. 1999-2164, n° 63, y LL Litoral 1998-2-842).

²²⁹ Sobre el tema, ver Azpelicueta, Juan José: *Meditaciones sobre la apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, E.D. 195-595.

instancia, debe también pronunciarse sobre las pretensiones y defensas planteadas en la instancia anterior. Entonces, a más de resolver el acogimiento o no del recurso, debe emitir decisión expresa, positiva y precisa sobre las pretensiones deducidas, tal como lo exige el art. 163 inc. 6° del CPCCN; el plazo que se otorgue para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución; el pronunciamiento sobre costas, la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia (art. 163 incs. 7°, 8° y 9°); todo ello, aplicable también a la sentencia de segunda instancia de conformidad a la remisión que hace el art. 164 del mismo Código. En consecuencia, si el acogimiento de la apelación significa el rechazo de la demanda, la sentencia de la alzada debe hacer ambas declaraciones, es decir, hacer lugar a la apelación, y en su consecuencia, rechazar la demanda instaurada; pero si el acogimiento de la apelación implica también el acogimiento de la demanda, el tribunal de segunda instancia debe dictar la sentencia dando todas las pautas relativas a la demanda que se acoge (la declaración sobre el derecho que se reconoce, o la condena que se establece, el monto, plazo para su cumplimiento, etc.); si el acogimiento de la apelación significa solamente la modificación de algunos de los puntos de la sentencia en grado, debe indicar en qué sentido se modifica la sentencia de primera instancia²³⁰.

Como señala Guasp, el contenido de la sentencia de segunda instancia es: "o la desestimación del recurso de apelación y la confirmación del fallo de primera instancia, o la estimación del recurso eliminando ese fallo y dictando, en el mismo acto, otro que se entienda más ajustado a derecho"²³¹.

La sentencia y la creación de derecho

Como señala Vigo, la sentencia judicial no se limita a reproducir una norma general ya dada, sino que más bien se trata de un "aporte creativo y más o menos inédito que el juez elabora para poder subsumir el peculiar caso que le toca resolver"; si bien es cierto que para las partes del proceso judicial la norma que más les importa es la individual contenida en la parte estrictamente resolutoria, pero para la comunidad jurídica lo verdaderamente significativo y trascendente es el enunciado normativo general que lo possibilitó"²³².

²³⁰ ver Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo 2, pág. 193/294.

Dice Rosenberg que si del examen de fondo resulta que la apelación es infundada, entonces se debe rechazarla mediante sentencia final; es decir, se confirmará la primera sentencia. Si la apelación resulta fundada se debe revocar la sentencia impugnada mediante la llamada casatoria (*iudicium rescindens*), que por lo regular está unida a la nueva sentencia *modificativa*, la resolución *reformadora* (*iudicium rescissorium*) mediante la cual se solucionan todos los puntos litigiosos referentes al objeto de la apelación; excepcionalmente, en los casos marcados por la ley, junto con la revocación de la sentencia, cabe la remisión de la causa a primera instancia (Resenberg, Leo: *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Ángela Romera Vera, Bs. As., Ejea, 1955, t. II, págs. 394/400).

²³¹ Guasp: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, tomo II, pág. 774.

²³² Vigo, Rodolfo Luis: *De la Ley al Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2003, pág.47, citando a M. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en "Rivista di diritto processuale", año XLV, n° 2, 1999, ps. 29/30.

En su tarea específica, el órgano jurisdiccional debe optar muchas veces por una de las soluciones posibles y elige la que considera más valiosa²³³; por ello, más que aplicar una norma aislada, el juez dicta una decisión "desde todo el ordenamiento jurídico"²³⁴; y la tarea interpretativa, por su consustancial discrecionalidad, contiene un acto de creación²³⁵ (entendiendo esta última expresión como la incorporación de algo que no estaba con anterioridad dentro del ordenamiento jurídico²³⁶). Es decir, la decisión judicial, aparte de resolver el litigio concreto, adquiere trascendencia general al servir de fuente de derecho (aunque sea una fuente secundaria) para resolver casos similares²³⁷.

²³³ Peyrano, Jorge W.: *El "mandato" preventivo*, L.L. 1991-E-1276.

²³⁴ Vigo, Rodolfo Luis: *De la Ley al Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2003, pág.47, citando a M. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en "Rivista di diritto processuale", año XLV, n° 2, 1999, p. 30.

²³⁵ Berizonce, Roberto: *El activismo de los jueces*, L.L. 1990-E-920, ap. VI, 2, a.

²³⁶ Canosa Usera: *Interpretación constitucional y fórmula política*, pag. 12.

²³⁷ Berizonce, Roberto: *El activismo de los jueces*, L.L. 1990-E-920, ap. VI, 2, d.