

**La nueva regulación
de la
NULIDAD PROCESAL**
El sistema de ineficacia de la LOPJ

Jesús Miguel Hernández Galilea

Editorial Forum

© Jesús Miguel Hernández Galilea
© de esta edición, Editorial Forum, S.A.
Catedrático Francisco Beceña, 11 bajo. 33006 – Oviedo
Depósito Legal: B 38603-1995
ISBN: 84-87586-19-8
Impreso en Romanyá Valls, S.A.
Verdaguer, 1. 08786 Capellades (Barcelona)

*Al viejo caserón y a sus moradores de antaño
en recuerdo de tantos buenos momentos*

SUMARIO

PRÓLOGO.....	13
--------------	----

INTRODUCCIÓN.....	16
-------------------	----

PRIMERA PARTE

LA REGULACIÓN DE LA NULIDAD EN LA LOPJ: PLANTEAMIENTO DE SU PROBLEMÁTICA.....	23
--	-----------

Capítulo I

LA NULIDAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA.....	24
--	-----------

1. De la nulidad como vicio a la nulidad como técnica instrumental.....	26
Las teorías clásicas y su evolución.....	26
Las concepciones renovadoras.....	38
La nulidad como técnica de protección del ordenamiento.....	42
2. La nulidad y el ordenamiento jurídico: un intento de explicación.....	50
Las infracciones invalidantes.....	52
La valoración de las infracciones.....	58
La invalidez como fenómeno unitario.....	60
La aplicación de la nulidad: criterios y objeto de protección.....	64
3. Concepto de nulidad.....	65

Capítulo II

LA NULIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL.....	68
---	-----------

1. Las categorías de ineficacia en la doctrina procesal y su fundamentación.....	68
La nulidad como vicio del acto.....	69

La aceptación de las categorías tradicionales de ineficacia.....	71
2. Las discordancias del sistema tradicional	86
El problema de los presupuestos procesales.....	88
La peculiaridad de los actos procesales.....	97
Nulidad y cosa juzgada	114
3. El proceso con todas las garantías como objeto de protección de la nulidad	116
La nulidad como técnica de protección y sus consecuencias	116
Los distintos niveles de protección: proceso y procedimiento	125
El fin del proceso como objeto de protección exclusivamente tendencial	131

Capítulo III

COHERENCIA DE LA LOPJ PARTIENDO DE LA NULIDAD COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO	133
1. El desconcierto de la nueva regulación	133
2. La necesidad de un replanteamiento del sistema de ineficacia procesal	136

SEGUNDA PARTE

CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA NULIDAD EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL	141
--	-----

Capítulo I

LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DEL ART. 238 DE LA LOPJ ..	142
1. Actos realizados con manifiesta falta de jurisdicción	143
El criterio de la ostensibilidad.....	143
Contenido de la “falta de jurisdicción”	147
2. La falta de competencia objetiva o funcional	166
3. Actos judiciales realizados bajo violencia o intimidación	170

Capítulo II	
EL CRITERIO GENERAL DEL ART. 238 DE LA LOPJ	174
1. Dificultad hermenéutica del precepto	174
2. El artículo 238.3º como criterio general	176
Los principios y garantías procesales como primer objeto de protección de la nulidad	178
La protección de las normas de procedimiento	181
3. Precisiones de la ley al criterio general	184
Los defectos de forma y su tratamiento diferenciado	186
La referencia a los plazos del artículo 241	204
4. Los actos de parte: el artículo 243 de la LOPJ	208

Capítulo III	
OTROS SUPUESTOS DE NULIDAD	212
1. La ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas	213
2. Nulidad de resoluciones por concurrir en el titular del órgano causas de abstención o recusación	220
3. La intervención del Secretario Judicial	222
4. La publicidad del proceso	225

TERCERA PARTE	
LA APLICACIÓN DE LA NULIDAD: MECANISMOS DE VALORACIÓN Y LÍMITES	230

Capítulo I	
LOS MECANISMOS DE VALORACIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO	231
1. Consideraciones generales sobre el sistema de la LOPJ	231
El control de oficio por el órgano jurisdiccional.....	239
Valoración de la nulidad a instancia de parte.....	263
3. Los recursos como medio de hacer valer la nulidad	304
Recursos utilizables.....	306

Condiciones de utilización	324
4. La apreciación de oficio en la segunda instancia o recurso	329
Capítulo II	
LOS LÍMITES DE LA NULIDAD PROCESAL.....	331
1. Fundamento legal y justificación de la existencia de límites en la aplicación de la nulidad	331
2. La denuncia de la nulidad después de sentencia firme	336
La audiencia al condenado en rebeldía como auténtico recurso de nulidad.....	336
La autonomía del recurso de revisión respecto de la nulidad	342
La denuncia de la nulidad a través de un declarativo posterior	349
El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional	352
El recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	357
3. A modo de epílogo	364
 CONCLUSIONES	 370
 ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	 380
 ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	 403
I.- RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO	404
II.- RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	410
III.- RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	415

PRÓLOGO

La nulidad es una categoría que en cualquier rama del ordenamiento jurídico despierta siempre una cierta expectación en el estudioso, fundamentalmente por las drásticas consecuencias que se derivan de su aplicación y los contornos tan imprecisos que tiene. Su propia etimología hace referencia a la nada y la nada, que duda cabe, está siempre rodeada de misterio.

Pero si esto ocurre en todas las ramas del ordenamiento, en la rama procesal del derecho ocurre de una manera más llamativa. Y no sólo para el estudioso, también para el profano: toda la compleja maquinaria judicial puesta en funcionamiento para realizar una actividad, quizá durante años, que al final resulta inútil por la aparición en escena de la nulidad.

Paradójicamente, las construcciones doctrinales relativas a la nulidad poseen, en general, una apariencia de plenitud y coherencia notables. Las distintas categorías de ineficacia se comportan sobre el papel como una maquinaria de precisión de consecuencias perfectamente lógicas. Pero basta con introducirse en su desarrollo, en el soporte legal de los sistemas de ineficacia o en su aplicación práctica, para comprender por qué es compatible esa aparente perfección con la expectación a la que aludíamos antes.

La aparición de una regulación general, como la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debería haber contribuido a clari-

ficar esta materia. Pero, en contra de lo que cabía esperar, no ha hecho sino poner de manifiesto su complejidad: la doctrina se ha sentido incómoda, al no encontrar allí lo que hasta ahora han sido puntos de referencia constantes; la jurisprudencia producida en aplicación de estos preceptos no es ni mucho menos uniforme; se ha cuestionado su constitucionalidad... Todo ello hace que, a pesar de la abundante y autorizada doctrina que existe al respecto, siga siendo terreno hábil para la investigación.

En estas páginas, que recogen el fruto de varios años de intenso trabajo, el Dr. Hernández Galilea se enfrenta con la difícil tarea de analizar los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativos a la nulidad. Junto a una abundante aportación de la más autorizada doctrina y la jurisprudencia más reciente sobre el tema, el autor ha tratado de llegar al fondo del problema: qué es la nulidad y qué función debe cumplir en el proceso. De ahí su interés.

Muchas de las instituciones de nuestra disciplina están siendo revisadas y cuestionadas a la luz de los principios constitucionales. Sin embargo, en materia de ineficacia seguimos viendo de unas construcciones que difícilmente pueden desarrollarse desde esta nueva perspectiva. A lo largo de este trabajo se analiza profundamente esa problemática, tratando de sentar las bases de lo que podría ser la ubicación constitucional de la nulidad procesal como mecanismo de protección del derecho a un proceso con todas las garantías.

La revisión dogmática que el autor realiza es desde luego muy sugerente. Algunos de sus postulados, por la novedad que encierran, deben ser meditados y considerados críticamente. Pero con independencia de que se acepten o no, no cabe duda de que la argumentación es sólida y bien fundamentada, y constituye una aportación importante a la ciencia del derecho

procesal. En especial porque plantea la necesidad de construir un sistema de ineficacia propio de nuestra disciplina y pone de manifiesto que es posible hacerlo partiendo de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las consecuencias que ello puede tener de cara a la comprensión del fenómeno de la nulidad y su aplicación son patentes.

En el momento actual, de cambio de nuestras leyes procesales, junto al coraje para abordar una reforma que no puede esperar mucho más, es necesaria la prudencia para no permitir que los avances conseguidos en los últimos años queden maltruchos por un afán de renovación indiscriminado, del que es buena muestra el intento de introducir un descabellado incidente de nulidad de actuaciones tras la sentencia firme en la última reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este sentido el trabajo de Jesús Hernández Galilea constituye una serena invitación a valorar lo que de positivo tiene la regulación actual relativa a la nulidad y contribuye a situar esta problemática categoría en sus justos términos.

El derecho procesal moderno busca un equilibrio entre el derecho de defensa y la seguridad jurídica. La ley actual ha tomado partido por unos determinados contornos de ese equilibrio y deben respetarse, porque nuestro sistema jurídico gira en torno al principio de legalidad que ningún tribunal puede conculcar bajo pretexto de supuestos concretos de defensa personal. Ese es el camino que toma este trabajo, que entiendo es de la máxima utilidad para entender el régimen actual de la nulidad procesal.

FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO
Oviedo, marzo de 1995

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Constitución Española de 1978 y la legislación posterior, especialmente la LOPJ de 1985, así como una abundante jurisprudencia, han puesto de manifiesto la necesidad de nuevos planteamientos en numerosos aspectos de la ciencia del Derecho Procesal. La estrecha relación del proceso con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la necesidad de entender las normas procesales como el instrumento para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, resaltadas por la doctrina, se han convertido en ideas aglutinadoras, a la luz de las cuales deben analizarse las instituciones fundamentales de nuestra disciplina.

En este contexto, se entiende perfectamente la preocupación de los procesalistas por principios hasta ahora relegados como el de la eficacia o la buena fe y probidad, así como por eliminar todo aquello que, como sucede con el formalismo, pueda entorpecer la finalidad que el proceso pretende conseguir.

Pues bien, la adecuada integración de la de la nulidad en el proceso es, sin duda, una de las cuestiones pendientes de resolver. En multitud de ocasiones se ha puesto de relieve la falta de claridad que envuelve a este concepto en nuestra disciplina y la necesidad de establecer criterios claros que permitan una aplicación racional, evitando que pueda convertirse en obstáculo imprevisible para el normal desenvolvimiento del proceso. Es ésta una exigencia derivada de la seguridad jurídica y de la es-

tratégica misión que el Derecho Procesal está llamado a cumplir en el ordenamiento jurídico. Y de su consecución depende en gran medida la propia razón de ser de la nulidad, pues la confusión en torno a sus causas y modo de operar no hace sino privarla de sentido y convertirla en un fácil recurso para la prolongación injustificada del proceso.

Son muchos los esfuerzos realizados en este sentido y gracias a ellos la nulidad procesal ha ido adquiriendo contornos y matices que impiden, en la mayoría de los casos, que su aplicación provoque efectos desproporcionados o perturbadores. Pero en la elaboración de esos criterios se echa en falta, por sus mismos creadores, la existencia de una explicación global, coherente, que evite la conversión de la nulidad en una categoría ambigua, de aplicación aleatoria.

En definitiva, se revelan como insatisfactorias las construcciones dogmáticas al uso, y se hace patente la necesidad de un sistema de ineficacia propio del Derecho Procesal. Ya en 1957 el Prof. GUTIÉRREZ ALVIZ señalaba que *tanto en el orden dogmático como en el legislativo, la teoría de las nulidades procesales (...) es una de las cuestiones menos claras, tal vez por no haber llegado a conceptos estables, siquiera con la permanencia que en temas análogos ha logrado la ciencia y la normación del denominado derecho material*¹.

No es necesario un estudio exhaustivo para darse cuenta de que, en efecto, si bien todos los autores toman como punto de partida las construcciones clásicas de nulidad, son tantas las precisiones, matizaciones y excepciones que deben realizarse que, al final, aquellas construcciones quedan convertidas en

1. Prólogo a la obra de MORÓN PALOMINO *La nulidad en el proceso civil español*. Ed. AHR. Barcelona, 1957. Pág. 5.

una especie de *cláusula de estilo*; en una imposición aceptada resignadamente.

Tal carencia de construcciones propias ha obligado a la doctrina a moverse de modo casi intuitivo, como único medio de sortear las discordancias que la aplicación de la doctrina clásica, de origen iusprivatista, podía provocar al ser trasladada al ordenamiento procesal. Así, se ha tratado de eliminar la voluntad de entre los elementos esenciales de los actos procesales, fundamentando la nulidad sobre la infracción de las formas establecidas. Pero como puso de manifiesto ya hace tiempo MORÓN PALOMINO², se trata de una configuración incompleta que *no conviene a todo lo definido, pues hay formas cuyo quebrantamiento no ocasiona la nulidad, ni sólo a lo definido, pues en no pocas ocasiones la nulidad procesal se produce pese a la observancia de las formas.*

Por otra parte, ante la ausencia de regulación general sobre la ineficacia en las normas procesales, se acudía a la nulidad de los actos contrarios a la Ley establecida en el título preliminar del Código Civil como norma de referencia. Lo cuál sirvió de base para la catalogación como de *orden público* de las normas del ordenamiento procesal. La consecuencia de ello era la consagración del formalismo, sólo atemperado, en algunas ocasiones, por el sentido común del juzgador. A cada paso, la dogmática tradicional, acriticamente —o, mejor, resignadamente— aceptada, suponía una traba para la comprensión del fenómeno de la ineficacia en el proceso: ¿cómo incardinar los diversos supuestos dentro de las categorías intermedias de ineficacia (inexistencia, nulidad de pleno derecho, anulabilidad, nulidad relativa)?; ¿cómo hacer compatibles algunos de los postulados básicos, como el de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, con las peculiaridades del proceso?

2. *La nulidad en el proceso civil español* cit., pág. 22.

Fue MORÓN PALOMINO, en la obra más arriba citada, quien dio el primer paso para conseguir la autonomía del derecho procesal en el ámbito de la *ineficacia*. Con gran clarividencia puso de relieve que el punto de partida para el estudio de la nulidad procesal no podían ser las construcciones apriorísticas procedentes del derecho civil, sino la propia normativa procesal. Tal postura le llevó, entre otras cosas, a rechazar las categorías intermedias de ineficacia, sosteniendo la existencia de una única categoría de ineficacia —la nulidad— en el ordenamiento procesal y propiciando la incorporación de criterios de oportunidad y racionalidad en su aplicación.

En el momento actual pienso que estamos en condiciones de establecer una dogmática propia del proceso en materia de nulidad. En efecto, tras la reforma operada en la LEC por la Ley 34/84, en la que se introduce la indefensión como criterio general para apreciar el quebrantamiento de forma en el recurso de casación y la regulación general de la nulidad de actuaciones que la LOPJ establece, puede decirse que existe una base normativa suficiente como para abandonar la obligada referencia a la doctrina clásica.

Es más, como tratamos de poner de manifiesto en las páginas que siguen, sólo desde esa perspectiva puede comprenderse la coherencia de la nueva regulación que, si bien es perfectible, permite una explicación racional del fenómeno de la nulidad procesal y una aplicación de la categoría acorde con la finalidad que el proceso pretende.

La necesidad de una dogmática propia dentro del proceso no significa que la nulidad no contenga unos elementos comunes aplicables a cualquier rama del ordenamiento. Consciente de ello, en el primer capítulo del presente trabajo he tratado de situar el punto de partida en el estableciendo un concepto de nulidad como categoría jurídica. Prescindiendo de una exposi-

ción detallada de la evolución histórica, ampliamente estudiada por diversos autores, en ese capítulo se realiza un análisis de la evolución doctrinal respecto a la nulidad, en el que queda de manifiesto cómo los postulados clásicos de nulidad, desarrollados fundamentalmente en torno al negocio jurídico, no logran explicar el funcionamiento real de la categoría. Ha sido necesaria una revisión crítica de los mismos, realizada inicialmente por JAPIOT, y desarrollada contemporáneamente en España por SANTAMARÍA PASTOR, para poder establecer un nuevo punto de partida.

La comprensión de la nulidad como *técnica de protección del ordenamiento* permite liberarse de los dogmas apriorísticos de la doctrina clásica. La nulidad no es un *modo de ser del acto*, sino una *valoración* de la discordancia del acto con la norma. Este nuevo modo de entender la nulidad traslada el punto de partida desde el acto —y la consideración prenortativa de sus elementos esenciales—, a la norma, que es en definitiva la que establece las condiciones de valoración de la nulidad y las consecuencias que tal valoración debe llevar consigo.

Por lo que respecta a nuestra disciplina, he tratado de poner de manifiesto en el segundo capítulo de la primera parte cómo la doctrina clásica de ineficacia provoca serias discordancias al ser trasladada al proceso. Por el contrario, desde la perspectiva de la nulidad como *técnica de protección del ordenamiento*, es posible dar entrada a una visión finalista de la nulidad. Una visión que permite establecer cuál debe ser su objeto de protección en nuestra rama del derecho y, como consecuencia, una aplicación en la que los criterios de utilidad, proporcionalidad y subsanabilidad tengan un lugar propio y no sean, como hasta ahora, mecanismos ambiguos para mitigar el *rigor* de la Ley.

En los siguientes capítulos trato de demostrar cómo desde ese punto de partida puede darse una explicación coherente a la

regulación de la nulidad en la LOPJ. Se analizan, en primer lugar, los criterios de valoración de la LOPJ, especialmente en cuanto se refiere al tratamiento de los defectos de forma. En el siguiente capítulo se analizan los mecanismos establecidos por las leyes para la valoración de la nulidad procesal, así como los límites que la apreciación de la nulidad procesal tiene en nuestro ordenamiento. A modo de epílogo, se hace referencia a los criterios que deben regir para su aplicación. Tales criterios no es posible desarrollarlos en este trabajo, pues sobrepasan los límites del mismo. No obstante pongo de manifiesto que, a mi juicio, sólo desde la comprensión de la peculiar naturaleza de la nulidad pueden establecerse criterios uniformes de aplicación.

A pesar de ser muchas las horas empleadas en su elaboración, el presente trabajo no pretende ser más que una aportación, necesariamente incompleta, a la abundante y valiosa doctrina científica que existe sobre el espinoso tema de la nulidad en el proceso.

No quiero terminar estas líneas de introducción sin manifestar mi mayor agradecimiento al Prof. Gómez de Liaño, Director de la Tesis Doctoral que se recoge en esta publicación, que suscitó mi curiosidad e interés por el tema y sin cuyas indicaciones no hubiera podido llegar a término. A él se debe cuanto de acertado pueda tener. Igualmente debo agradecer las sugerencias que en la lectura de la Tesis me hicieron los profesores Ramos Méndez, Martín Ostos, Pedraz Penalva, y Calvo Sánchez, que sin duda han contribuido a mejorarlo.

Mi agradecimiento también a los compañeros del Área de Derecho Procesal que soportaron con paciencia mis manías de doctorando: el Prof. Alvarez de Linera, a cuyas cordiales críticas debo la localización de puntos débiles en la argumentación, que fueron corregidos; el Prof. Pérez-Cruz Martín, incansable aportador de valiosísima bibliografía y jurisprudencia; el Prof.

Roca Martínez, que me allanó el camino con su valiosa experiencia en estas lides; a la Prof. Iglesias García, cuyo apoyo y aliento han sido inestimables; y a los profesores Cima García, y Méndez López.

Igualmente quiero agradecer a todos los compañeros del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas sus múltiples aportaciones y ánimos; especialmente al Prof. Lorca Martínez, con el que tuve oportunidad de contrastar diversos aspectos de este trabajo. E igualmente a las Funcionarias de la Secretaría del Departamento, cuya guía en los trámites burocráticos fue fundamental. Así como a los profesores de otros departamentos a los que robé parte de su tiempo con mis consultas, especialmente la Prof. Alonso Ibáñez, cuyo trabajo inédito me fue de gran utilidad.

No es posible hacer referencia aquí a todos los que de una u otra manera han colaborado en este trabajo. No obstante debo mencionar por su especial valor la colaboración de D. Alberto Rincón, jefe de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, quien con su buen hacer profesional me ha permitido acceder a obras científicas cuya localización parecía imposible. A todos ellos, y a los que sin advertencia he dejado de mencionar, mi mayor agradecimiento y consideración.

PRIMERA PARTE

**LA REGULACIÓN DE LA NULIDAD EN LA LOPJ:
PLANTEAMIENTO DE SU PROBLEMÁTICA**

CAPÍTULO I

LA NULIDAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA

Comenzar este trabajo tratando de establecer un concepto de nulidad como categoría jurídica, puede parecer un alejamiento excesivo del tema, con un objeto meramente dilatorio. Sin embargo, como comprobaremos más adelante, muchos de los problemas que surgen en torno a la nulidad en las diversas ramas del derecho, y de modo especial en Derecho Procesal, tienen su origen en la oscuridad conceptual que envuelve a esta categoría jurídica³, que provoca muy diversas interpretaciones y una falta de unanimidad notable en cuanto a las consecuencias que de ella deben derivarse⁴. Si queremos saber qué significado y fun-

3. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado de derecho procesal civil*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1982. T.I, pág. 575; RODRÍGUEZ ESPEJO, J. “En torno a la teoría general de la eficacia o nulidad de los actos procesales” en *Rev. de Der. Priv.* septiembre de 1976, págs 669 y ss.

4. Las discrepancias son abundantes entre los distintos autores. Así, la doctrina del derecho civil, de cuyas construcciones se han nutrido los cultivadores de otras disciplinas, vid. p. ej., JAPIOT, R. *Des nullités en matière d'acts juridiques*. Ed. Arthur Rousseau. París, 1909. *passim*; BORREL Y SOLER, A.M. *La nulidad de los actos jurídicos según el código civil español*. Ed. Bosch. Barcelona, 1947. *passim*; ALBADALEJO, M. *El negocio jurídico*. Ed. L. Bosch. Barcelona, 1958. Págs. 395-398 y ss; DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Ed. Instituto de Estudios jurídicos. Madrid, 1967. Págs 461 y ss.; GAUDEMMENT, E. DESBOIS, H. y GAUDEMMENT, J. *Théorie générale des obligations* Ed. Sirey. París, 1965. Págs. 146-147; SMILER, P. *La nullité partielle des actes juridiques*. Ed. Librairie générale de droit et jurisprudence. París, 1969, *passim*; DÍEZ

ción tiene la nulidad en el proceso, no nos queda más remedio que partir de un concepto determinado de nulidad⁵.

En este primer apartado, se trata únicamente de sentar las bases sobre las que apoyar el cuerpo del trabajo, sin pretender, como es evidente, agotar un tema sobre el que existen tan dispares posiciones de los más prestigiosos tratadistas. Más que la aportación de una teoría general propia creo que es interesante encontrar un criterio que sirva para explicar el funcionamiento de la nulidad. Y para conseguirlo debe tenerse presente que, en la mayoría de los casos, la gran diversidad y aparente confusión en este campo es, más bien terminológica⁶. Pero es muy difícil salir de ella si se pierde de vista que estamos estudiando una categoría de creación jurídico positiva, de origen práctico; y que, por tanto, las construcciones doctrinales no son más que *categorías mentales que sirven para explicar efectos jurídicos*

PICAZO, L.y GULLÓN, A. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Ed. Tecnos. Madrid, 1986. Pág. 301; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil* Ed.L. Bosch. Barcelona, 1988. T.II, vol.I.; ALBADALEJO, M. *Compendio de Derecho Civil*. Ed.J.M. Bosch. Barcelona, 1991. Igualmente SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Ed. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1972, *passim*; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo* (Coaut. FERNÁNDEZ, T.R.) Ed Cívitas. Madrid, 1980. T.I, págs. 511 y ss; BOQUERA OLIVER, J.M. *Estudios sobre el acto administrativo*. Ed. Cívitas. Madrid, 1982. Págs. 79 y ss., etc. La cita se haría interminable. Con respecto a la doctrina procesal, volveremos sobre esto más adelante.

5. Cfr. COUTURE, E.J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1969. Pags. 374-375.

6. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. Pág. 48. En el mismo sentido CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Ed. Reus. Madrid, 1982. T.I, pág. 934.

y tan válidas pueden ser unas como otras si cumplen correctamente su cometido aclaratorio y didáctico⁷.

Para realizar un acercamiento a la categoría de la nulidad, que permita poner de manifiesto los problemas existentes en torno a ella, es preciso deslindar lo que la nulidad es de lo que, como consecuencia de las distintas construcciones dogmáticas y el progresivo oscurecimiento de la categoría, se ha pretendido que sea⁸.

1. De la nulidad como vicio a la nulidad como técnica instrumental

Las teorías clásicas y su evolución

Hoy, casi un siglo después, es posible advertir, como hacía JAPIOT en el prefacio de su tesis doctoral, que la exposición de las categorías de ineficacia en los distintos tratados tiene, por lo general, la claridad y contundencia de una materia agotada sobre la cuál poco más se pueda añadir⁹. Y sin embargo, basta con descender a la práctica, a su funcionamiento real, para en-

7. CLAVERÍA GONSALBEZ, L.H. *La confirmación del negocio anulable*. Ed. del Real Colegio de España. Bolonia, 1977. Pág 25.

8. Cfr. FLOUR, J. prefacio a la obra de COUTURIER, G. *La confirmation des actes nuls*. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1972. Págs.II y III, quien poniendo de manifiesto las consecuencias de esa tendencia comenta: *nous croyons volontiers que ces grands auteurs* (se refiere a Gaudement y Japiot) *nous ont libérés, à jamais, des "métaphores des classiques"*. *Nous le croyons à tort*. Inútil creencia por la poca influencia que ha tenido en la jurisprudencia y en la doctrina. En el mismo sentido SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad*. cit. Capítulo I. *passim*.

9. Cfr. JAPIOT, R. *Les nullités* cit. Pág. 1.

contrarse ante un fenómeno mal explicado y envuelto en la más absoluta anarquía terminológica¹⁰.

La nulidad es uno de esos conceptos jurídicos cuya permanencia en los distintos ordenamientos hace pensar que sea el reflejo de una necesidad del propio sistema. Pero es llamativo que se hayan mantenido prácticamente invariables las construcciones originarias, a pesar de la distancia temporal que existe desde su creación hasta nuestros días, y de la oscuridad y falta de precisión que encierran.

Los principios clásicos en torno a los cuales se construye la teoría de la nulidad son, básicamente los siguientes:

a) La configuración de la nulidad como *vicio* del acto, es decir, como *modo de ser del mismo*¹¹. Este principio, del que derivan el resto, hará que la doctrina centre sus esfuerzos en determinar qué sea el acto válido y, en consecuencia, cuáles son los elementos del acto que permiten afirmar su validez. Este modo de concebir la nulidad como categoría predicable del acto

10. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad*. cit., pág. 49. En el mismo sentido RODRÍGUEZ ESPEJO, J. “En torno a la teoría..” cit., págs. 671-672.

11. Se distingue, así, entre la ausencia de los elementos esenciales que determinaría la inexistencia o la nulidad del negocio, y un vicio que afecte a esos elementos que determinaría la anulabilidad del mismo. Aunque se tenga que reconocer inevitablemente la existencia de nulidades extrínsecas como la derivada de la contradicción con la ley (art. 6.3º C.C.) y —para algunos autores— la rescisión. Una exposición detallada puede verse en ROBLEDA, O. *La nulidad del acto jurídico*. Ed. Universitá Gregoriana. Roma, 1964. Parte Primera *passim*. De modo paradigmático, dentro de la doctrina procesalista moderna Cfr. MAURINO A.L. *Nulidades procesales*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, págs. 16 y ss, quien considera la nulidad como un “estado” de anormalidad del acto procesal.

jurídico e intrínseca al mismo, llevará a la doctrina a establecer el dogma de que la nulidad es imprescriptible, pues el acto viciado de nulidad lo está siempre.

b) La identificación entre ineficacia e invalidez, de la que se derivan los criterios de base material que se han utilizado para diferenciar la nulidad de los otros tipos de ineficacia: la no producción de efectos y la innecesaria declaración judicial¹².

c) La existencia de diversos grados de nulidad correspondientes a los grados de ineficacia (inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, anulabilidad), con efectos específicos cada uno de ellos. La clasificación de los tipos y sus efectos es quizás el punto en el que ha existido mayor discrepancia entre los diversos autores, utilizándose muy diversos criterios de diferenciación.

El origen y evolución de las construcciones clásicas sobre la nulidad ha sido exhaustivamente estudiado entre nosotros por SANTAMARÍA PASTOR¹³, cuyas conclusiones al respecto me parecen un firme punto de partida. Siguiendo una corriente doctrinal¹⁴ de gran interés para nuestra disciplina, el menciona-

12. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de derecho procesal*. Ed. Ariel. Barcelona 1969. Pág.468. Vid. por ejemplo VON THUR, A. *Derecho Civil*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1947. Vol.II¹, pág. 311.

13. Sobre el tema del origen de la categoría jurídica de nulidad y, en general, de las distintas clasificaciones de la ineficacia de los actos cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio..* cit. pág 465 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad..* cit. cap.II, passim; SACCO, R. “Nullitá e anulabilitá” en *Novissimo Dig. It.* T. XXI, pág. 456.

14. VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. de L.Díez Picazo. Ed. Taurus. Madrid, 1964. Págs. 111 y ss. quien hace una breve exposición del correcto encuadramiento de la ciencia jurídica como saber *problemático*, del que pueden extraerse interesantes consecuencias en relación con el ca-

do autor pone de relieve que la categoría de la nulidad tiene un origen *tópico*, surge sin otra finalidad que la de resolver problemas jurídicos puntuales. De ahí la falta de sistemática con la que aparece en las fuentes romanas y la heterogeneidad de los supuestos contemplados. Sobre esa doctrina de carácter práctico fue construyéndose un sistema dogmático que ha sido admitido como incuestionable hasta nuestros días.

Estas construcciones posteriores con pretensión sistematizadora, son consecuencia de la progresiva abstracción¹⁵ de una categoría cuyo origen no es fruto de una elaboración doctrinal reflexiva. El desarrollo dogmático que observan algunos autores en el ordenamiento Romano, responde más bien a la errónea aplicación de las construcciones doctrinales actuales a aquel ordenamiento histórico¹⁶. Un ejemplo de esta extrapolación es

rácter creativo de la función jurisdiccional. Vid. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso*. Ed. Forum. Oviedo, 1990. Págs. 49- 50 y 162 y ss.

15. Cuyo punto de partida puede situarse en el derecho postclásico, en el que se produce la fosilización de los criterios anteriores y su conversión en categorías generales de donde surgen muchos de los equívocos que, sobre el alcance de la ineficacia en el Derecho Romano, existen en la actualidad. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 103.

16. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. Pág.74. En las fuentes del ordenamiento romano, en efecto, se encuentran multitud de términos referidos a la nulidad, pero de ellos no puede desprenderse que se conocieran diversos tipos de nulidad, puesto que son utilizados para denominar una realidad única, la nulidad, que no está conceptualmente diferenciada de la inexistencia ni de la anulabilidad Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, Q. *Código Civil comentado y concordado*. Ed. Sociedad Editorial Española. T.XX. Pág 954.. Esta opinión es mayoritariamente aceptada con respecto a la inexistencia. No ocurre lo mismo con la anulabilidad que, para algunos autores, se encuentra ya diferenciada en las fuentes romanas de la nulidad. Vid. entre otros, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Fundamentos...* cit. pág. 290; ROBLEDA, O. *La nulidad...* cit. Pág. 296; MAZEAUD, H., L. y J. *Lec-*

la regulación general de la nulidad que ha querido verse en la Ley *Non dubium* de Justiniano, que establece que los actos realizados en contra de una ley prohibente *non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur*¹⁷, que sin embargo, lejos de intentar establecer una regulación general de la nulidad que incluyera todos los supuestos de ineficacia, trataba de *salir al paso de la costumbre sobre la renuncia de las leyes de carácter dispositivo, amparada teóricamente por la equívoca clasificación de las normas en `perfectae, minus y plus quam perfectae*¹⁸. Esta afirmación no es, desde luego, unánimemente admitida¹⁹, pero queda corroborada por el hecho de que en las

ciones... pág. 339. En favor de la opinión que mantenemos, además de SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Ib. loc. cit.*, vid. entre otros, VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Ed. Cívitas. Madrid, 1986. Pág. 189 y ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *El negocio jurídico en Derecho Romano*. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1954. Pág. 39 y ss.

17. C.I. I,14,5., ya antes establecida por Teodosio II.

18. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *la nulidad...* cit. pág. 104. En el mismo sentido se pronunciaba con anterioridad DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España*. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955, T. I, pág. 594 y ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *El negocio jurídico...* cit. pág. 43, aunque este último sin llevar la interpretación hasta sus últimas consecuencias, pues considera que el sistema romano de nulidad estaba perfilado con base en categorías abstractas. Cfr. igualmente GHIDOTTI, E. *La nullità della sentenza giudiziale nel diritto canonico*. Ed. A. Giuffré. Milano 1965. Pág. 33. Dicha disposición constituye el precedente más remoto de las declaraciones del mismo tipo de los modernos códigos civiles, también originariamente establecida para evitar la extendida costumbre de la renuncia al derecho. cfr. MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil español*. Ed. Reus. Madrid, 1914. T.I, págs. 59 y ss. Puede verse tb. MATTIROLO, L. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. Fratelli Bocca ed. Roma, 1902. Págs. 177 y ss.

fuentes romanas no existe otro término que el de *nulidad* y sus descripciones equivalentes²⁰, así como por la enorme disparidad de criterios en torno a la ubicación del resto de las categorías²¹.

La evolución de la dogmática estará siempre lastrada por esta idealización de la categoría, de tal modo que, a pesar de que las construcciones doctrinales no tuvieron acogida en los diversos códigos, la doctrina ha intentado siempre buscarlas en la normativa y, en muchas ocasiones, se han convertido en auténticos dogmas hermeneúticos. Es lo que va a suceder con el conocido aforismo *pas de nulité sans texte* que, inscrito en un contexto legislativo muy concreto²², será convertido tras la codificación napoleónica en axioma interpretativo de la normativa referente a la nulidad.

Junto a ello, es preciso hacer notar que —también como reminiscencia originaria²³—, a pesar de tratarse de una categoría

19. Vid. p. ej. el estudio de la doctrina romanista realizado por ROBLEDA, O. *La nulidad del acto...* cit. págs. 293 y ss.

20. Cfr. ROBLEDA, O. *La nulidad del acto...* cit. págs. 294-295.

21. *Ib.*, apéndice, *passim*.

22. Precisamente una Ordenanza de 1667 que trató, ante la dualidad de ordenamientos existente —derecho francés y derecho común— de aumentar el protagonismo del derecho autóctono por medio de las “lettres de rescision”. De tal modo, que la nulidad sólo podía producirse cuando se alegaba la infracción de una norma de derecho francés, mientras que la infracción de normas romanas sólo daban derecho a obtener la rescisión. Detalladamente lo expone SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...* cit. págs. 125 y ss.

23. Como hace notar SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Ibidem*. pág. 80, en la jurisprudencia clásica, el consentimiento irá cobrando importancia como elemento central de la relación obligacional, mitigando la importancia de la forma. Sobre esa base se fueron determinando distintos supuestos de nulidad respecto del elemento subjetivo del acto jurídico como vicios de la

de aplicación general en el ordenamiento jurídico, el desarrollo de su base dogmática moderna fue realizado por la doctrina en torno al negocio jurídico²⁴. Y es de ahí, de este origen iusprivatista, de donde proceden la mayoría de las dificultades para su aplicación al resto del ordenamiento jurídico²⁵.

Como queda dicho, el punto de partida conceptual que se encuentra en todas las formulaciones clásicas es la comprensión de la nulidad como un modo de ser del acto jurídico²⁶ y, en consecuencia, se trata de identificar el acto nulo en contraposición al acto válido y la nulidad es entendida como *vicio* del acto. Desde esta perspectiva no se aborda el problema de qué sea la nulidad, sino de lo que es el acto nulo. Las consecuencias de esta concepción de la nulidad son muy diversas y trataremos de sintetizarlas.

En primer lugar, debe advertirse que al iniciar la construcción de la nulidad sobre el acto jurídico y tratar de determinar lo que sea el *acto válido* para configurar por contraposición que debe entenderse por *acto nulo* ya se está situando la nulidad en un plano previo al de las normas jurídicas positivas. Es decir,

voluntad. Los supuestos de nulidad relativos al elemento objetivo se configuran en torno a la idea de imposibilidad, bien sea física, bien jurídica. También se configuraron supuestos de nulidad en torno al elemento causal.

24. Fundamentalmente la alemana del siglo XIX. La cual, a pesar de su consistencia y profundidad en otras materias, no logró librarse de los dogmas multiseculares de ineficacia. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 148.

25. Con respecto al ordenamiento procesal se trata de una afirmación general en la doctrina. Cfr. p. ej. ÁLVAREZ DE LINERA-URÍA, C. *La nulidad de actuaciones en el Proceso Penal*. Oviedo, 1981. Págs. 73 y ss. Con respecto al Derecho Administrativo vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso...* cit. Pág. 589.

26. Cfr. JAPIOT, R. *Des nullités en matière...* cit. págs. 271 y ss.

se esta entendiendo la nulidad —una concreta construcción de la nulidad— como exigencia del propio ordenamiento jurídico que debe ser necesariamente respetada. De este modo, la nulidad y las consecuencias que de ella se deriven, se imponen al legislador.

Para definir lo que debe entenderse por acto válido se indaga sobre los elementos del acto jurídico, tratando de configurar cuales son esenciales y determinan su validez y cuales no lo son: se analiza el acto, para indagar en su *fisiología*, y posteriormente se elabora la construcción de su *patología*²⁷. De este modo, la nulidad quedará configurada como la ausencia de requisitos esenciales del acto. El camino seguido hace que se incurra en una petición de principio²⁸; y, al acudir a la norma a buscar la nulidad de las manifestaciones consideradas patológicas a priori, en muchos casos no se encuentra²⁹, haciéndose necesario recurrir a categorías sin fundamento legal.

Surge de ahí otra de las características de las teorías clásicas de nulidad: la identificación entre nulidad e ineficacia. El acto nulo queda configurado como aquél que es incapaz de producir efectos jurídicos. Y, con ello, el principio de que la nulidad

27. La inadecuación de esta forma de proceder ya fue puesta de manifiesto por VON BÜLOW, O. *Las excepciones procesales y los presupuestos procesales* Trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1964. Pág. 9 quien critica la distinción realizada por la generalidad de la doctrina en aquel momento —y que, en parte se mantiene actualmente— entre *elementos intrínsecos (naturales y positivos, absolutos y relativos)* y *elementos extrínsecos (id.)*.

28. Pues *son esenciales* aquellos que se requieren para la validez, como pone de manifiesto CONSO, G. *Il concetto e le specie d'invalidità*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1972. pág. 14.

29. Cfr. en este sentido p.ej. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. págs. 521-531.

provoca la ineficacia del acto *ipso iure*³⁰, sin necesidad de declaración judicial, así como el carácter meramente declarativo de las resoluciones judiciales que anulan un acto³¹. De todo ello deriva el carácter imprescriptible de la nulidad, ya que el acto nulo lo es permanentemente.

La necesidad de explicar las diferentes respuestas del ordenamiento ante la diversidad de los vicios que pueden afectar al acto, lleva a configurar las categorías intermedias de ineficacia, como supuestos de validez provisional o condicionada. Fiel a su punto de partida la doctrina clásica identificó las diversas categorías de ineficacia con distintos modos de ser de los actos, derivados de la mayor o menor gravedad del vicio. Para establecer su diferenciación se utilizan criterios de base material, aunque con una discrepancia notable entre los distintos autores,

30. Este criterio que serviría para diferenciar la nulidad de la anulabilidad, a pesar de su imposibilidad práctica de mantenerse, sigue dándose por válido por muchos autores Cfr. v. gr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. pág 475; y más modernamente DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. pág.302-303, a la hora de describir lo que denomina la ineficacia automática. De modo parecido ALBADALEJO, M. *Compendio...* cit., pág. 148. Incluso alguna legislación inserta dentro de sus normas declaraciones que intentan conseguir este efecto. Así el C.C. Argentino en su art. 1.038 considera que actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada, lo cuál constituye un intento inútil porque, como tendremos ocasión de analizar, sobrepasa los límites del sistema jurídico. Cfr. BORREL Y SOLER, A.M. *La nulidad...* cit., pág. 105.

31. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. Pág. 475; DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit., pág. 302. (puesto que la nulidad produce efectos *ipso iure*), mientras que las que aprecien la anulabilidad serán constitutivas (puesto que el acto anulable tiene como característica esencial la de ser válido en tanto no sea anulado).

tanto por lo que se refiere a los efectos de cada una de las categorías, como a la determinación de las mismas.

Así, en cuanto a sus efectos, la nulidad vendría caracterizada por producirlos *ipso iure* y, como consecuencia, su actuación *ab initio*³², sin necesidad de declaración judicial. La anulabilidad, por su parte, requeriría una declaración judicial para producir sus efectos propios, y estos se producirían desde el momento de la declaración.

Otro criterio utilizado para distinguir ambas categorías es la posibilidad o no de subsanación. El acto nulo vendría caracterizado por su imposibilidad de subsanación frente al acto anulable³³.

Igualmente se trata de diferenciar ambas categorías en virtud de la mayor o menor amplitud de la *oponibilidad*. El acto jurídico nulo sería oponible *erga omnes*, mientras que el anulable sería solamente oponible frente a algunos.

Por último, acerca de cuáles son las categorías de ineficacia que deben admitirse, el problema fundamental, aun no resuelto, es el de admitir una clasificación dualista (nulidad-

32. Esta debería ser la consecuencia lógica. Sin embargo, como pone de manifiesto SANTAMARÍA PASTOR *La nulidad...* cit. pág. 184, dista mucho de haber unanimidad al respecto. Vid p. ej. las diferentes opiniones de DE CASTRO, F. *El negocio...* cit., pág. 483 y BORREL Y SOLER, A.M. *La nulidad...* cit., pág. 111.

33. De esta característica derivaría la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, que, como puso de manifiesto BORREL Y SOLER, A.M. *La nulidad...* cit., págs. 105 y ss. carece de base legal e introduce una grave perturbación en todo el sistema. Llega a la conclusión el citado autor de que del C.C. puede deducirse que la acción prescribe a los 30 años. A igual conclusión para el ordenamiento francés llegan GAUDEMET, E. DESBOIS, H. y GAUDEMET, J. *Théorie générale...* cit. pág. 178.

anulabilidad) o, por el contrario una clasificación trimembre (inexistencia-nulidad-anulabilidad)³⁴.

Estos principios, no obstante su origen iusprivatista, y su incapacidad de explicar la nulidad, han sido trasladados a todas las ramas del ordenamiento como axiomas incuestionables, causando no pocos quebraderos de cabeza, como tendremos ocasión de comprobar por lo que respecta al derecho procesal.

La comprobación de la discordancia entre las construcciones dogmáticas y el ordenamiento³⁵ —dado que los códigos, como ya queda dicho, no intentaron una sistematización³⁶—, así co-

34. Cfr. CLAVERÍA GONSALBEZ, L.H. *La confirmación...* cit. Págs. 27 y ss. Entre los que siguen manteniendo la clasificación trimembre puede destacarse a DE LOS MOZOS, J.L. *La inexistencia del negocio jurídico*. Ed. Reus. Madrid, 1969. *passim*.

35. Cfr. CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.H. *La confirmación...* cit. pág. 27. Así, DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. pág. 461, refiriéndose al ordenamiento jurídico privado, comenta que *sería lógico pensar que cada forma e intensidad de ineficacia habría de ser la resultante inmediata del valor dado a la carencia defecto o vicio de los distintos elementos de cada negocio jurídico. No sucede así, porque el Derecho atiende a otras consideraciones que no son las de la lógica (...). Si además se tiene en cuenta que un mismo vicio negocial, al menos conocido por un mismo nombre (...), o unas prohibiciones reguladas en un mismo artículo (...), pueden originar diferentes grados de ineficacia, podrá verse la imposibilidad de una dogmática a priori de la ineficacia*. Con ello implícitamente se está aceptando lo que exponíamos más arriba en torno al carácter tópico de los distintos supuestos de nulidad en su origen. Carácter que aún hoy, a pesar de la apariencia sistemática, es inevitable apreciar.

36. De ahí *La ausencia de una exacta terminología legal y la polivalencia semántica de las voces empleadas* que pone de manifiesto DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit., pág. 462.

mo el modo real de operar de la categoría, ha llevado a la doctrina a relativizar progresivamente los principios clásicos.

En algunas obras de civilistas modernos pueden encontrarse puestos en cuestión gran parte de los dogmas de ineficacia. Un ejemplo de ello es DÍEZ PICAZO, quien, a pesar de aceptar aparentemente los dogmas tradicionales, diferencia con toda claridad la nulidad de la ineficacia, y configura a aquella como sanción, abandonando su catalogación tradicional como *vicio* o modo de ser del acto. *La nulidad* —dice el mencionado autor— *no hace referencia a un fenómeno real, sino que alude a una determinada valoración jurídica que debe ser asignada a determinados actos humanos. Por el contrario, la ineficacia es una valoración que hace referencia a un fenómeno real, constatable por los intervinientes en el acto jurídico, consistente en la no consecución de los efectos jurídicos queridos. Es decir, se trata no de una valoración realizable a priori, sino de la comprobación de un efecto. En este caso sí que estamos empleando el significado ineficacia en sentido propio y no, como hacíamos antes, como denominación de una de sus consecuencias y efectos*³⁷. Esta consideración de la nulidad como catego-

37. Cfr. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. pág. 296. Como él mismo explica más adelante: *No es ineficacia el término o la palabra más adecuada para determinar el fenómeno que estudiamos, puesto que por hipótesis y ya desde ahora estamos admitiendo la existencia de unas consecuencias o de unos efectos (...) por lo que cabría pensar que más exacto y más riguroso es hablar de invalidez.* El abandono de las tesis organicistas no se puede decir que sea en la actualidad un hecho aislado entre los civilistas: vid. p. ej. CODACCI-PISANELLI, G. *L'invalidità...* cit., pág.70. SMILER, P. *La nullità...* cit. pág. 399; NIETO BLANC, E.E. *Nulidad en los actos jurídicos.* Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971. págs. 35 y ss. Y en la doctrina española, aun sin hacerlo de modo explícito, se observa la ten-

ría extrínseca al acto permite, entre otras cosas la valoración como causas de nulidad de elementos o circunstancias distintos del acto mismo, siendo común en la doctrina la referencia al *orden público*³⁸. Se da entrada así a criterios finalistas en la consideración de la nulidad y se permite una aplicación más racional y flexible³⁹.

La comprobación del modo de operar de la categoría llevará igualmente a relativizar los principios dogmáticos de producción de efectos *ipso iure*⁴⁰ y de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

No obstante estos incipientes replanteamientos de las teorías clásicas, que hemos resumido apresuradamente para no alargar este acercamiento al problema, se echa de menos la correspondiente revisión de la dogmática, que permita una adecuada explicación del fenómeno de la nulidad.

Las concepciones renovadoras

El primer intento destacable de diseñar una teoría de la nulidad como *categoría extrínseca* al acto se debe a JAPIOT, quien configuró un único tipo de ineficacia, la nulidad, que explicaba, dotado de la necesaria flexibilidad, todas las reacciones del

dencia: vid. p. ej. ALBADALEJO, M. *El negocio...* cit. págs. 395-398 y PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos...* cit., pág. 286.

38. Vid. al respecto SMILER, P. *La nullité...* cit., cap. III, *passim*.

39. Flexibilidad que puede apreciarse permanentemente en la jurisprudencia ya que, a pesar de utilizarse los criterios clásicos, se hace un uso pragmático de ellos. Vid. SSTs de 17 de octubre de 1987. R. 7293, y las allí citadas, y de 25 de julio de 1990 R. 6687.

40. Cfr. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. pág. 296. Vid. en este sentido STS de 3 de enero de 1947 R. 5 y las allí citadas.

ordenamiento ante las diferentes irregularidades acaecidas al perfeccionarse o ejecutarse actos jurídicos⁴¹.

En su esfuerzo por romper con las construcciones dogmáticas cristalizadas a través de los siglos, JAPIOT consideró que *la nulidad no debe ser considerada como un hecho, teniendo en sí valor propio; ella no constituye una modalidad, una manera de ser del acto jurídico (...)* Se traduce prácticamente en la existencia de un derecho especial atribuido a las personas (...): un derecho de impugnación dirigido contra las consecuencias del acto nulo⁴². El error fundamental, según JAPIOT, consiste en partir de una concepción orgánica del acto jurídico que, por no ser más que una metáfora, no puede conducir más que a conclusiones ficticias. La original construcción de este autor no tuvo las repercusiones doctrinales ni legislativas que cabía esperar, con lo que se perdió una ocasión única para que la doctrina se replanteara la coherencia de las construcciones al uso.

De las conclusiones de este autor pueden extraerse las premisas fundamentales para explicar el fenómeno de la nulidad en el ordenamiento jurídico. En primer lugar su configuración como categoría instrumental de *tipo procesal* y no de *tipo material*, aun cuando sus presupuestos lo sean⁴³. En segundo lugar su carácter de sanción que obliga a someterla al principio de oportunidad, en lugar de considerar que deriva necesariamente de la propia naturaleza del vicio, y a negar sus efectos automáticos⁴⁴. Por último el establecimiento de una única categoría con diversos modos de manifestación de base exclusivamente procesal.

41. Cfr. *Des nullités en matière...* cit., págs. 283 y ss.

42. JAPIOT, R. *Des nullités en matière...* cit., págs. 933-934.

43. Id. págs. 285 y ss.

44. Id. loc. cit. Sobre la nulidad como *sanción* vid. *infra* págs. 49-52.

Las tesis de JAPIOT han sido desarrolladas entre nosotros por SANTAMARÍA PASTOR quien, tras realizar una crítica de los dogmas tradicionales de ineficacia, sienta las bases de lo que muy bien puede denominarse una nueva elaboración dogmática de la nulidad. Sin perjuicio de que recurramos a él nuevamente en el próximo epígrafe, parece interesante en este momento poner de relieve lo que supone su obra en la evolución de esta categoría.

Constituye una aportación innegable de SANTAMARÍA PASTOR haber puesto de relieve la necesidad de deslindar los diferentes planos que concurren en el fenómeno de la nulidad, así como su comprensión dentro del funcionamiento del sistema jurídico en general⁴⁵.

Igualmente contribuye de modo definitivo a la comprensión del fenómeno de la nulidad el análisis que hace de la naturaleza procesal de las distintas categorías de ineficacia. Las categorías jurídicas nulidad y anulabilidad no constituyen un modo de ser del acto, una cualidad intrínseca, sino técnicas instrumentales del ordenamiento. Son categorías de naturaleza procesal que constituyen el nexo de unión entre la invalidez y la ineficacia. Disciplinan la actividad de enjuiciamiento, para convertir en ineficaz el acto inválido⁴⁶. Las consecuencias de todo ello son trascendentales, especialmente para la comprensión de la nueva regulación de la nulidad de los actos procesales diseñada por la LOPJ.

Han existido otros intentos renovadores entre los que puede destacarse la obra de CONSO, que percibe como elemento esen-

45. Vid. *infra*, pág. 51.

46. Cfr. SANTAMARIA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit., págs. 168-169.

cial de la nulidad la confrontación entre la norma y el acto⁴⁷ y la configura como una categoría de creación jurídico positiva⁴⁸; y, más modernamente, MAIER⁴⁹.

MAIER, al igual que antes lo hiciera CONSO⁵⁰ critica la concepción de la nulidad como sanción, pues considera que con ella se produce una confusión entre la ilicitud y la nulidad⁵¹. Atisba, aunque sin desarrollarlo, que la nulidad es una valoración, un juicio de valor⁵²; y la entiende como un elemento intrínseco e inseparable de las normas potestativas⁵³. La inseguridad jurídica que se deriva de esa concepción es patente y, para resolverla, no tiene más remedio que reconocer que la aplicación de la categoría constituye un problema puramente político⁵⁴.

De la concepción maieriana pueden extraerse elementos valiosos para la explicación de la categoría, como por ejemplo la identificación de la categoría de la admisibilidad como catego-

47. CONSO, G. *Il concetto e le specie d'invalidità*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1972. Parte prima, *passim*. Aunque no logra diferenciar con claridad los planos de la nulidad e ineficacia.

48. Id. págs. 17-18, aunque sin modificar el punto de partida, pues finalmente identifica la nulidad con la imperfección del acto.

49. MAIER, J.B.J. *Función normativa de la nulidad*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1980.

50. Id. pág. 139.

51. MAIER, J.B.J. *Función normativa...* cit., pág. 130. Dentro de esta misma línea de negación del carácter de sanción de la nulidad puede incluirse CODACCI-PISANELLI, G. *L'invalidità come sanzione di norme non giurídice*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1940. Págs. 50-51.

52. Id. pág. 132. Como también lo hiciera CONSO, G. *Il concetto...* cit. págs. 8-9.

53. MAIER, J.B.J. ob. cit., págs. 129 y ss.

54. Id. pág. 138.

ría peculiar del ordenamiento procesal⁵⁵. Sin embargo, no llega a diferenciar con claridad la diversidad de planos que existe entre nulidad e ineficacia y mantiene la posibilidad de que la nulidad produzca efectos automáticamente⁵⁶.

La nulidad como técnica de protección del ordenamiento

La evolución de la doctrina, que hemos apuntado sintéticamente, permite abordar el tema de la naturaleza de la nulidad desde una nueva perspectiva, más realista, que en el momento actual no puede ya considerarse *revolucionaria*. La relativización de los dogmas clásicos y la toma en consideración de las nuevas doctrinas de ineficacia, permiten situar el *status quaestionis* fuera de los estrechos límites de las teorías tradicionales⁵⁷.

La primera consideración que debe hacerse es que el concepto de nulidad tiene su significación propia exclusivamente dentro de la Ciencia Jurídica y en aquellos aspectos de la actividad humana regidos por normas que podríamos denominar *quasi-jurídicas*. De tal modo que quedan fuera del ámbito de

55. Id. pág. 140. aunque ya está presente en las obras de GOLDSCHMIDT, J. y PALACIO, L.E. Vid. *infra*, pags. 110.

56. Id. pág. 139.

57. Entre otras cosas porque, si bien parte de la doctrina se ha resistido a abandonar las categorías tradicionales de ineficacia, la evolución de las normas —al menos por lo que se refiere al derecho procesal— está claramente orientada en este sentido. Cfr. BLANC, E. *La nouvelle procédure civile*. Ed. Librairie du journal des notaries et des avocats. París, 1973. Págs. 130 y ss. y VÉSCOVI, E. *Teoría general del proceso*. Ed. Temis. Bogotá, 1984. Págs. 297-299.

aplicación de la nulidad tanto los hechos físicos, como los actos humanos no regidos por normas jurídicas o *quasi-jurídicas*.

A los hechos naturales, regidos por normas físicas, de cumplimiento necesario, no puede aplicárseles la categoría nulidad: pueden producirse o no pero en ningún caso son nulos⁵⁸. Por su parte, dentro del actuar humano, como dijimos, sólo aquellas esferas de actividad regidas por normas jurídicas son susceptibles de ser calificadas con la nulidad. Un trabajo determinado puede estar bien hecho o mal hecho; puede incluso ser calificado de inútil, pero no podrá aplicársele el calificativo de nulo. Un tratamiento médico, por ejemplo, puede ser adecuado o inadecuado, eficaz o ineficaz, pero nunca será nulo.

Se aplica, en cambio, la nulidad en otras esferas del actuar humano regidas por normas que antes hemos denominado *quasi-jurídicas*, como son las que establecen las reglas de un determinado juego o deporte. La razón de su aplicabilidad en este ámbito de las relaciones humanas procede de la similitud existente entre estas normas y las propiamente jurídicas. Para CONSO⁵⁹, tal similitud radica en que ambas establecen un modelo conforme al cual debe necesariamente actuarse. Pienso, sin embargo, que la similitud fundamental entre unas normas y otras está en el modo de producirse los efectos.

En el plano real entre los efectos y el acto que los produce existe una relación de causalidad. En el plano jurídico tal relación no existe, porque ningún acto humano es capaz por sí sólo de producir efectos jurídicos, ya que estos se mueven en un plano distinto⁶⁰. Los efectos jurídicos son una consecuencia de la protección que el ordenamiento otorga a un determinado

58. Cfr. CONSO, G. *Il concetto...* cit. Pág. 6.

59. *Il concetto...* cit. pág. 5.

60. Cfr. SANTAMARIA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit., pág. 157.

acto. Y el ordenamiento puede supeditar la protección de un acto a una concreta forma de realización, a un modelo determinado⁶¹.

La nulidad, pues, hace referencia de modo inequívoco a la norma jurídica y sólo así puede entenderse. Al igual que la validez, la nulidad es una consecuencia del ordenamiento: es una categoría jurídico positiva⁶². Y aunque pudiera entenderse como una exigencia lógica del ordenamiento, considerado en su conjunto⁶³, la determinación de sus causas, sus límites, sus cauces de aplicación etc., sólo son analizables desde cada ordenamiento concreto: la norma debe ser el punto de partida⁶⁴.

La siguiente consideración que puede extraerse de lo dicho es que la nulidad se aplica a actos que tienen una existencia en el mundo jurídico, ya que de lo contrario, no sería necesario el establecimiento de esta categoría⁶⁵. Así, como señala PUIG BRUTAU⁶⁶, no se aplicará esta categoría a un contrato que no ha llegado a celebrarse por fracasar las negociaciones: en este caso el contrato no ha llegado a producirse, sin que sea necesario acudir a una categoría específica para delimitar las consecuencias de esa no producción.

61. Es la distinción entre el plano del *ser* y del *deber ser*. Vid *infra* págs. 53 y ss.

62. En este sentido RODRÍGUEZ ESPEJO, J. “En torno a la teoría...” cit., pág. 673.

63. Cfr. MAIER, J.B.J. *Función normativa...* cit. pág. 133.

64. Cfr. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. págs. 79-80.

65. Cfr. PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*. Ed. Bosch. Barcelona, 1979. T.II, vol.I. Pág. 316. En el mismo sentido DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. Pág. 300. ALBADALEJO, M. *Compendio...* cit., pág. 148.

66. Cfr. PUIG BRUTAU, J. *Ib. op. y loc. cit.*

El acto nulo se caracteriza por su *existencia* en el mundo jurídico⁶⁷ —en cuanto manifestación externa de una actividad humana— y, más específicamente, porque tiene la apariencia de regularidad suficiente como para conseguir la tutela del ordenamiento en tanto esa apariencia no sea desvirtuada. Un contrato celebrado, v.gr., en una representación teatral no será calificado nunca como nulo. Y ello porque, a pesar de la manifestación externa de su celebración, no tiene la apariencia de regularidad mínima que permite pretender la tutela del ordenamiento, en orden a la consecución de los efectos que aquél le atribuye.

Con base en las consideraciones precedentes puede decirse que la categoría de la *inexistencia* —que tantos problemas ha creado a la doctrina— o bien es inútil, porque no es posible diferenciarla de la nulidad⁶⁸, o bien introduce un concepto metafísico en la ciencia jurídica, provocando una enorme distorsión⁶⁹. Sólo en aquellos ordenamientos que pretenden tener un

67. Cfr. CLAVERÍA GONSALBEZ L.H. *La confirmación...* cit. Págs. 31 y ss. En el mismo sentido ALBADALEJO, M. *Compendio...* cit., pág. 148, pone de relieve que sólo el negocio existente puede valer o no valer.

68. Prueba de ello es la cordial polémica entre CARNELUTTI, F. “Inesistenza dell’atto giurídico” en *Riv. di diritto processuale* 1955, vol.X. pág. 208 y ss. y ASCARELLI, T. “Inesistenza e nullità” en *Rivista di diritto procesuale*, 1956. vol.XI, pág 61 y ss. La contradicción de esta categoría ha sido puesta de manifiesto entre otros por MOYANO, J.A. *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos* Ed. Compañía Impresora Argentina. Buenos Aires, 1932. Pág. 50, a quien sigue CODACCI-PISANELLI, G. *L’invalidità...* cit. pág. 106.

69. Cfr. SANTAMARIA PASTOR *La nulidad...* cit. pág. 206 y en el mismo sentido DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. Pág. 288. Cfr. tb. CODACCI-PISANELLI, G. *L’invalidità come sanzione di norme non giurí-*

sistema *textualista* de nulidad puede tener algún sentido la admisión de la inexistencia. Pero más como artificio para sortear los estrechos límites del sistema que como categoría científica⁷⁰.

Ahora bien, la nulidad no se identifica con la norma, no está en ella misma. La nulidad es un *juicio de valor*⁷¹ que surge de la confrontación entre la norma y el acto. En la norma están las condiciones para que el ordenamiento otorgue su protección o la descripción de los supuestos en que esa protección no será otorgada y es, por tanto, la pauta para la valoración de la nulidad⁷².

Sin embargo, como bien puede verse, no toda discordancia entre el acto y el modelo normativo conlleva la nulidad de aquél⁷³. Es más, en determinados casos —como con gran agudeza señala CONSO⁷⁴—, es precisamente la concordancia del acto con la norma lo que conlleva la imposición de una sanción: es el caso de las normas penales, en las que la realización

dice. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1940. Pág. 104 y CARANTA, R. *L'inesistenza dell'atto amministrativo*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1990. Pág. 6.

70. Este aspecto *utilitarista* de la *inexistencia* es reconocido por un sector muy amplio de la doctrina. Cfr. p. ej. BORREL Y SOLER, A.M. *La nulidad...* cit., pág. 108; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos...* cit. T.II, vol.I pág. 283.

71. Cfr. CONSO, G. *Il concetto...* cit. págs. 3 y ss; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. págs. 49 y ss. y 155 y ss.

72. Cfr. PROSPERETTI, M. *Contributo alla teoria dell'anullabilità*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1972. Págs. 240-241.

73. Cfr. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. pág. 297.

74. Cfr. CONSO, G. *Il concetto...* cit., págs. 8 y 9.

del hecho previsto en la norma da lugar a la aplicación de la pena⁷⁵.

Es preciso distinguir, en consecuencia, la nulidad de la ilicitud, que surge también de la confrontación del acto con el modelo normativo. Para algunos autores como CONSO, mientras la ilicitud hace referencia a la transgresión de una norma con contenido obligatorio, la nulidad hace referencia a la disparidad entre lo efectuado —que en el caso de la nulidad es siempre un acto facultativo, que puede o no hacerse— y el modo en que, según la norma, debió efectuarse⁷⁶. Así lo entiende también CARNELUTTI cuando dice que *sólo el incumplimiento de la obligación es contrario a derecho y se llama acto ilícito. Por el contrario, el acto que corresponde a la carga, sea de cumplimiento o de incumplimiento, es siempre lícito, como lo es el cumplimiento de la obligación*⁷⁷. Este criterio, sin embargo, no explica de modo satisfactorio la distinción entre nulidad e ilicitud cuando se aplica al Derecho Procesal⁷⁸.

75. Esta última afirmación no deja de ser un seudoproblema, pues el que las normas estén formuladas en sentido negativo no es más que una técnica jurídica propia de las normas sancionatorias. La discordancia se produce por la infracción de una obligación, como el propio autor pone de manifiesto más adelante, id. pág. 63.

76. Id. ob. y loc. cit.

77. CARNELUTTI, F. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. de Jaime Guasp. Ed. Bosch. Barcelona 1942. Pág 250; *Teoría general del derecho*. Trad. de Carlos G. Posada. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1941. Pág. 231.

78. El carácter facultativo de las normas, como criterio para distinguir la nulidad de la ilicitud no es plenamente aplicable al ordenamiento procesal Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. págs 468-469. Sería aplicable a los actos de parte para los que la norma es obligatoria en la medida en que quieran que sean admitidos por el juez (Cfr. GOLDSCHMIDT, J. *Prin-*

Por ello pienso que nulidad e ilicitud pueden distinguirse fundamentalmente por el objeto perseguido. La ilicitud trata de proteger el orden jurídico pero indirectamente, a través de la sanción⁷⁹. Podría decirse que se trata de una valoración que, aunque previa, está necesariamente unida a la actuación del ordenamiento, a la consecuencia jurídica que constituye la sanción. Y la sanción, por otra parte, contiene siempre elementos físicos, y no meramente jurídicos. Por el contrario la nulidad protege el ordenamiento directamente, y constituye una valoración situada en un plano previo al de la consecuencia jurídica: el plano de las expectativas de protección.

En este sentido, la propia valoración de la nulidad se identifica con sus efectos, que consisten exclusivamente en la eliminación de las expectativas de protección y, por tanto, en la privación de los efectos jurídicos del acto⁸⁰. En la ilicitud, en cambio, es posible la distinción entre ella misma y la sanción que de ella se deriva⁸¹. Ambas categorías protegen el ordenamiento jurídico, pero la ilicitud protege siempre, además, algún bien de la vida.

ciptos generales del proceso. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1961. T.I, pág. 57). Para los actos jurisdiccionales, sin embargo, constituyen normas de obligado cumplimiento, cuya infracción provoca diversas consecuencias.

79. Cfr. SMILER, P. *La nullité partielle...* cit., pág. 399, aunque para él la nulidad es una *sanción especial*.

80. Este diferente plano en el que se sitúan ilicitud y nulidad hace que el funcionamiento de una y otra sea diferente. Y, en concreto, que el funcionamiento ideal de la nulidad no tenga una traducción exacta a la realidad, ya que en la mayoría de las ocasiones, cuando se valora y se aplica, el acto ya ha alcanzado sus efectos.

81. Esta distinción está apuntada por MAIER, J.B.J. *Función normativa...* cit. pág. 133.

Siguiendo con la distinción de ambas categorías puede añadirse que con la valoración de ilicitud lo que se pretende es sancionar al autor⁸², pues el acto ilícito entra en el mundo jurídico únicamente por las consecuencias sancionatorias que de él se derivan⁸³. Por el contrario, el acto nulo es un acto propiamente jurídico, porque tiende a la producción de efectos jurídicos, y es precisamente la eliminación de esos efectos lo que se persigue con la nulidad. La ilicitud, por lo demás, no es sino un calificativo genérico cuyas consecuencias dependerán de la naturaleza de la norma infringida; incluyendo siempre, un elemento subjetivo (culpa o negligencia imputable a su autor)⁸⁴, que es ajeno a la categoría de la nulidad.

Hay supuestos en que podría apreciarse la confluencia de ambas categorías, ya que hay actos ilícitos que además producen efectos jurídicos. Sin embargo, como norma general, no se va a producir la aplicación simultánea de ambas, pues la nulidad queda absorbida por la ilicitud, como puede verse en el proceso de revisión⁸⁵.

82. Cfr. MAIER, J.B.J. *Función normativa...* cit. pág. 130.

83. Cfr. ROBLEDA, O. *La nulidad...* cit. Pág. 19. En el acto ilícito, la sanción no es un efecto jurídico deseado, es simplemente una consecuencia jurídica.

84. Cfr. PUIG BRUTAU, J. voz: "actos ilícitos". En *Nueva Enc. Jurídica Seix*. T.II. Pág. 327. Excepcionalmente puede haber actos que den lugar a la obligación de indemnizar sin que concorra ninguna clase de culpa o negligencia. La distinción entre estos actos contrarios a derecho, pero no ilícitos, y los actos nulos puede hacerse teniendo en cuenta el objeto de la sanción. En los supuestos de responsabilidad objetiva la sanción se dirige primaria y directamente contra el autor del acto, quedando éste subsistente. Por el contrario, en la nulidad la reacción del ordenamiento se dirige primariamente contra el acto, y sólo de modo reflejo afectará a su autor.

85. Vid. *infra*, págs. 343 y ss.

En consecuencia puede decirse que la categoría de la nulidad tiene su campo de aplicación propio dentro de los actos lícitos. Aunque más bien podría decirse que se mueve en el ámbito de los actos jurídicos, pues sólo los actos lícitos son actos jurídicos en sentido estricto, ya que sólo ellos son capaces de producir efectos jurídicos distintos de la sanción⁸⁶.

2. La nulidad y el ordenamiento jurídico: un intento de explicación

Han quedado de manifiesto los elementos esenciales que configuran a la nulidad como una técnica de protección del ordenamiento y cuál es su ámbito de aplicación. Debemos dar ahora un paso adelante para tratar de concretar cuál es el modo de funcionar de la categoría, que nos permitirá llegar a un concepto de nulidad que, alejado de las construcciones iusprivatistas, podamos aplicar a nuestra disciplina.

En el fenómeno de la invalidez intervienen dos factores: una norma jurídica y un acto humano que debe adaptarse a esa norma. Ahora bien, lo verdaderamente característico de la nulidad es la consecuencia que se deriva del incumplimiento de esa norma: la privación de efectos del acto. La propia etimología del término es una referencia inequívoca a este modo de operar. Hace referencia a la nada, a la inexistencia⁸⁷. Y, como quiera que el acto ha sido realizado, el ordenamiento acude a una ficción: la de tenerlo por no hecho, desconociéndolo en cuanto a

86. Cfr. ROBLEDA, O. *La nulidad...* cit., pág. 19, quien considera que *el acto ilícito podrá ser llamado jurídico únicamente por las consecuencias que a él vincula el derecho reaccionante*. Cfr. tb. CODACCI-PISANELLI, G. “L’invalidità...” cit., pág. 51.

87. Cfr. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit., pág. 298.

sus efectos. Hasta aquí, lo que podríamos denominar el modo de operar *ideal*, el *deseo* del sistema jurídico, que tiene su reflejo en el propio término.

Trasladada la categoría al plano real, comienzan a surgir los problemas, porque —volviendo a las comparaciones anteriores— así como la ineficacia o la inutilidad son datos empíricos, que se nos imponen (incluso en el mundo jurídico)⁸⁸, la nulidad no. El acto que no integra el modelo normativo no es inexistente, por mucho que la norma así lo declare.

Por eso la comprensión del fenómeno de la invalidez no es sencilla. Por eso y porque, sobre la base de ese plano ideal al que nos referíamos, se ha ido estructurando el esqueleto dogmático, cuya aparente coherencia sistemática se resiente al intentar explicar la realidad⁸⁹. Como afirma GOLDSCHMIDT, parafraseando a KOHLER, *la falta más grave que puede cometerse en la construcción jurídica es la de construir una institución no según su sentido real, sino según su fin ideal*⁹⁰.

Son varios los puntos de vista conceptuales desde los que puede entenderse la nulidad. A esos diferentes puntos de vista se refiere en una síntesis clarificadora SANTAMARÍA PASTOR: *En primer lugar, la mera situación constatada de divergencia entre la estructura real del acto y el esquema previsto por la norma(...) En segundo lugar la calificación global de la circunstancia de la no producción de efectos del acto como consecuencia de su contraposición con la norma(...) Y, en tercer lugar, las diferentes modalidades procesales de realización práctica de la sanción general de no producción de efec-*

88. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. Pág. 463.

89. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. págs. 44, 65, 67, etc.

90. GOLDSCHMIDT, J. *Principios...* cit., T.I, pág. 39.

tos(...)⁹¹. Basándonos en ese triple punto de vista, podemos distinguir tres fases en el fenómeno de la invalidez: la infracción de la norma por el acto; la valoración que merece esa discordancia; y, por último, las consecuencias de esa valoración, es decir, la aplicación de la categoría.

Las infracciones invalidantes

A medida que se trata de profundizar y comprender lo que se ha escrito sobre la nulidad, es inevitable encontrarse con la problemática misma del Derecho, pues la confusión existente en torno a la nulidad no es sino un aspecto más de la dificultad que entraña la comprensión de la realidad jurídica en su conjunto. No obstante, la necesidad de llegar al tema central de este trabajo, situado dentro del derecho procesal, nos obliga a limitarnos a unas consideraciones básicas al respecto⁹².

Para entender el concepto de nulidad, es necesario tener presente que el ordenamiento jurídico está caracterizado por la constitución de deberes imperativos, *es, por tanto, la combinación del deber y del poder (...)*, debiéndose definir el Derecho *como el método para poner orden entre los hombres por medio del mandato*⁹³. Sin embargo, sería inexacto conceptuar tal im-

91. *La nulidad...* cit. pág. 49.

92. El tema de la nulidad como categoría jurídica general ha sido abordado en profundidad, entre otros, por CARNELUTTI, F. *Teoría general...* cit. Págs. 330 y ss.; CONSO, G. *Il concetto...* cit. passim; MAIER, J.B.J. *Función normativa...* cit., *passim*, especialmente, págs. 129 y ss. Y en España por SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad ...* cit. *passim*.

93. CARNELUTTI, F. *Derecho y proceso*. Trad. de Sentís Melendo. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires, 1971. Pág. 4. El concepto de “mandato” lo define como la combinación de deber y de poder, elementos necesarios para la

perativo como dirigido directamente a una persona y apto para influir, de modo inmediato, sobre ella⁹⁴.

En efecto, las normas jurídicas constituyen una manifestación imperativa de voluntad encaminada a la regulación de las relaciones humanas⁹⁵. Pero es evidente que no producen una transformación inmediata de la realidad social⁹⁶. De igual modo, los actos humanos son incapaces de producir por sí mismos efectos jurídicos. Si se adecuan al mandato normativo pueden pretender una tutela del ordenamiento, tanto en sentido positivo —de realización práctica de los efectos previstos—, como en sentido negativo de oposición a quien trate de impedir los efectos del acto. *Ello se produce merced a un doble fenómeno de integración y de comunicación: De integración, en cuanto el bloque normativo pasa a formar parte del contenido del acto, y de comunicación de poder, en cuanto que el acto adquiere por*

identificación de un ordenamiento como jurídico. Es de resaltar, sin embargo, que en su *Teoría general...* cit. pág.324, defiende que “cuando la totalidad de los requisitos previstos directa o indirectamente por la norma se dan en el acto, se producen los efectos jurídicos”, con lo cual no estamos de acuerdo.

94. Cfr. ALLORIO, E. “La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale” en *Problemi di diritto*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1957. Vol. I. Págs. 14-15.

95. Cfr. GUASP, J. *Derecho*. Ed. del autor. Madrid, 1971. Págs. 13 y ss. El punto de partida es diverso del de Carnelutti, pues Guasp considera el Derecho no como *método*, sino como las propias relaciones humanas establecidas como necesarias por una determinada sociedad.

96. Esta distinción de planos corresponde a la consideración estática y dinámica del derecho a que alude GOLDSCHMIDT, J. *Principios generales...* T.I, pág. 64 y ss.; Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. Pág. 155, parafraseando a H. KELSEN. Aun con apariencia de similitud, las consecuencias que se derivan son diversas de las de Carnelutti.

*este hecho la exigibilidad jurídica de la norma. En suma: el acto “es” válido y, en consecuencia “debe” producir efectos*⁹⁷.

La norma y el acto son por consiguiente los dos elementos sobre los que se debe construir la teoría de la nulidad pues, como ha puesto de manifiesto CONSO, validez y nulidad implican una valoración sobre la adecuación de un determinado acto a la regulación establecida para su realización. Entendidas de esta forma, las normas jurídicas lo que crean son expectativas: expectativas de eficacia jurídica, mediante la protección del ordenamiento cuando el acto se realiza conforme al derecho, y expectativas de protección frente al acto que no se realiza conforme al ordenamiento.

Este es el punto neurálgico de la distinción entre validez y eficacia, dos categorías que la mayoría de la doctrina ha venido identificando⁹⁸. El motivo de esta identificación es el punto de partida conceptual que se adopta. Como ya vimos más arriba, si se concibe la nulidad como modo de ser del acto (acto nulo = acto viciado), es evidente que debe admitirse que no puede producir efectos. Sin embargo, la nulidad no funciona de modo automático, por lo que es engañoso aludir a la no producción de efectos como elemento de identificación.

97. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 157.

98. Cfr. p. ej. GUASP, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. M. Aguilar. Madrid, 1943. T.I. pág. 673; SACCO, R. “Nullitá...” cit., pág. 456 y CARNELUTTI, F. *Teoría general...* cit. pág. 324, entre otros. Son muchos los autores que han puesto de manifiesto la incorrección de este planteamiento, que supone una confusión entre el ser y el deber ser. En este sentido, además de SANTAMARÍA PASTOR, J.A. op. y loc. cit., puede verse DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. Pág. 300.

Diversos autores⁹⁹ han puesto de manifiesto que el equívoco se produce por la confusión de dos planos diferentes. Con la eficacia se está haciendo referencia al plano del ser; se trata de una comprobación empírica, de contenido no específicamente jurídico. Con la nulidad, en cambio, se hace referencia al plano del deber ser. El acto nulo no debe producir efectos, pero de hecho puede producirlos¹⁰⁰. La nulidad trata de evitar que esos efectos se produzcan o de eliminarlos si han llegado a producirse¹⁰¹.

99. Cfr. p. ej. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. pág. 296, cuando dice: *La idea "nullum effectum", no expresa una experiencia o fenómeno real, sino un mandamiento o una sanción del orden jurídico. Quiere decirse con ello que, a pesar de estar sancionado el nullum effectum, puede producirse o haberse producido en virtud del negocio ineficaz una mutación en la realidad social idéntica a la que ocasionaría un negocio eficaz. Por todo ello, acaso más exacto que decir que el contrato es ineficaz y que no produce ningún efecto fuera decir que el contrato debe ser tenido como ineficaz y que no debe producir ningún efecto. La ineficacia jurídicas es una fórmula que encierra una disciplina normativa y que, por consiguiente, pertenece al mundo del deber ser: "quod nullum est nullum effectum producere debet"*.

100. Cfr. DE LA PLAZA, M. *Derecho procesal civil español* Ed. Revista de Der. Priv. Madrid, 1945. Vol.I, pág. 466. El régimen específico de los actos procesales, hace necesario matizar estas afirmaciones: por la concatenación existente entre los distintos actos y porque la repercusión de los actos en el proceso no siempre es inmediata. Cfr. al respecto GUASP, J. *Comentarios...* cit. T.I. Pág. 673.

101. Cfr. DÍEZ PICAZO, L. y GULLON, A. *Fundamentos...* cit. pág. 297. La imposibilidad de que la nulidad produzca sus efectos de modo automático es tan clara que, aun en el caso de que, v.gr., las dos partes de un contrato estuviesen de acuerdo en apreciarla, no estaríamos realmente ante unos efectos automáticos de la nulidad, sino ante la resolución de un contrato. Vid. en este sentido STS 17 de octubre de 1987. R. A. 7293. Estaríamos en todo caso ante una ineficacia por inejecución del contrato.

Al hablar de ineficacia nos referimos a la constatación de la inadecuación de los medios al fin propuesto, con significado idéntico al usual del término en el lenguaje vulgar. No se acude a la ineficacia para referirse a los negocios jurídicos condicionados, reducibles o revocables, pues en esos casos no hay una verdadera ineficacia, sino una eficacia limitada conforme a la peculiar naturaleza del negocio¹⁰² o, como acertadamente hace notar CLAVERÍA¹⁰³, se trata de una *eficacia* querida por las partes.

Con respecto al elemento normativo parece bastante claro, después de lo expuesto, que la aplicación de la nulidad a una determinada infracción no puede provenir de otro lugar que no sean las normas jurídicas¹⁰⁴ ya que de lo contrario caeríamos de nuevo en la consideración de la nulidad como categoría pre-normativa o apriorística.

Ahora bien, es necesario analizar si la norma infringida tiene que contener en su formulación la nulidad. Es decir, si ese carácter invalidante debe provenir de la propia norma que regula el acto, o basta con la existencia de una norma general que establezca unos principios cuya infracción es susceptible de ser valorada como causa de nulidad.

Teóricamente la respuesta que se diera a esa cuestión daría lugar a dos sistemas de ineficacia: a un sistema *textualista* o de nulidades explícitas si la norma debe contener la invalidez en

102. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. pág. 467. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil...* cit., pág. 934, lo considera, sin embargo, un tipo de ineficacia.

103. Cfr. CLAVERÍA GONSALBEZ, L.H. *La confirmación...* cit. pág. Pág 23.

104. Con respecto al ordenamiento procesal cfr. STC 39/88 de 9 de marzo.

su formulación para que su infracción provoque la nulidad del acto; o, por el contrario, a un sistema *no textualista* o de nulidades implícitas si ello no es necesario. SANTAMARÍA PASTOR¹⁰⁵ considera que en la base de esta elección está la permanente tensión entre la justicia y la seguridad. Vista la nulidad desde la perspectiva de la seguridad jurídica es evidente que la nulidad será entendida como sanción y, en consecuencia será tratada como tal: restringiendo su aplicación y exigiendo una tipificación de los supuestos, dando lugar a un sistema de nulidades textuales. Por el contrario desde el punto de vista de la justicia, la nulidad será considerada como técnica de protección del ordenamiento y se facilitará su aplicación como garantía del funcionamiento del sistema jurídico y de la convivencia pacífica, dando lugar a un sistema de nulidades implícitas: la integración del modelo normativo deberá hacerse, en este caso, confrontando el acto con el ordenamiento jurídico en su totalidad¹⁰⁶.

Pero lo cierto es que la incardinación de todo un ordenamiento en uno u otro sistema es siempre inexacta pues, por un lado, cada rama del derecho tiene sus peculiaridades y, por otro, la inoperancia de estos sistemas de nulidad extremos hace que, en la práctica, no se den en estado puro¹⁰⁷: todos los ordenamientos, de un modo o de otro, tienden a combinar ambos sistemas. De tal manera que sólo puede hablarse de *tendencias* pero no de opciones taxativas. El sistema resultante contiene, por lo general, junto a infracciones concretas sancionadas con

105. Cfr. *La nulidad....* cit., pág. 52.

106. Id. pág. 67.

107. Cfr. HERON, J. *Droit judiciaire privé*. Ed. Montchrestien. París, 1991. Tan ineficaz es una declaración de nulidad como la que está presente en el art. 6.3 de nuestro CC, como las pretensiones restrictivas del art. 156 del CPC italiano.

la nulidad, normas generales para paliar la posible falta de previsión del legislador. Pero, en resumidas cuentas, estaremos siempre ante una norma invalidante —más o menos amplia— de la que deriva la aplicación de la nulidad.

La valoración de las infracciones

Hechas las consideraciones precedentes, podemos describir la nulidad como la privación de protección a un acto jurídico, como consecuencia de haber infringido una norma invalidante. O, si se quiere, vista desde el ordenamiento, la nulidad sería el otorgamiento de una protección peculiar, consistente en la privación de efectos al acto, cuando éste infringe una norma determinada.

Pues bien, junto a la norma invalidante y el acto que la infringe es necesario hacer referencia a un tercer factor necesario para que esa reacción de protección se produzca. Ese elemento es el juez, que es quien debe realizar la valoración de la adecuación del acto a la norma¹⁰⁸ y quien en definitiva va a poner en funcionamiento los mecanismos coactivos del Estado en orden a la exigibilidad¹⁰⁹.

108. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. Pág.67. En el mismo sentido se pronuncia CARNELUTTI, F. *Derecho...* cit. págs 18 y ss. Cfr. También GOLDSCHMIDT, J. *Principios generales...* cit. T.I, cap.IV, *passim*.

109. En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...*cit. pág. 21.; considera que *sólo en la jurisdicción se aprecia la existencia del Derecho (...). La conducta de los particulares se desarrolla en cierto sentido al margen del Derecho. La Ley se formula al margen de lo concreto. Sólo la jurisdicción entiende conjuntamente del Derecho y de lo concreto*. Vid. tb. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Bosch. Barcelona, 1990. T.I. pág. 54. Esta específica posición de la jurisdicción en el ordena-

Este aspecto es el que nos va a permitir hallar la auténtica naturaleza de la categoría de la nulidad. La nulidad no es, como se ha pretendido, un vicio del acto; *no es un hecho, una realidad, sino una calificación que debe hacerse valer en el procedimiento correspondiente para que sea efectiva*¹¹⁰. Es siempre y en todo caso una valoración extrínseca al acto: una valoración sobre la discordancia del acto con el modelo normativo. Por eso, si la discordancia no es apreciada, podrá hablarse de nulidad del acto desde un punto de vista puramente elucubrativo, pero carente de toda trascendencia práctica, porque la privación de efectos —que es el *efecto* propio de la categoría— no va a producirse¹¹¹.

En consecuencia, no es acorde con la realidad hablar de que los efectos de la nulidad se producen *ipso iure*. La nulidad es una categoría con clara finalidad procesal, que no actúa por sí sola, sino después de una declaración¹¹². Y tampoco tienen

miento hace que la aplicación de la categoría de la nulidad al proceso deba hacerse con especial cuidado. Una transposición indiscriminada de las teorías clásicas, podría traer como consecuencia la ineficacia del ordenamiento en general. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad de actuaciones*. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1987. Pág. 73.

110. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. Pág. 93. En el mismo sentido CONSO, G. *Il concetto...* cit. Págs. 3 y ss.

111. La necesidad de apreciación, como condición para que la nulidad produzca sus efectos, es un hecho que ha estado presente en cualquier ordenamiento. Con respecto al ordenamiento romano vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *El negocio...* Pag. 43. Con respecto a los ordenamientos europeos medievales y renacentistas vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 133.

112. Cfr. JAPIOT, R. *Des nullités en matière...* cit. pág. 271 y ss.; MAZEAUD, H., L. y J. *Lecciones de derecho civil*. Trad. de Alcalá Zamora. E.J.E.A. Buenos Aires, 1959. Parte Primera, vol.I, págs. 519-520;

mucho sentido las disquisiciones en torno al carácter declarativo o constitutivo de la resolución que invalida el acto¹¹³.

La invalidez como fenómeno unitario

La doctrina clásica, como ya he apuntado, trató de configurar diferentes categorías que resolvieran las distintas consecuencias que podían derivarse de la valoración de la nulidad. Y, fiel a su punto de partida, identificó las diversas categorías con distintos modos de ser del acto, utilizando criterios de distinción que no logran su objetivo.

Para diferenciar la nulidad de otras categorías de ineficacia intermedias —la anulabilidad, fundamentalmente— se han

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 94 y 118. Tal peculiaridad no ha pasado desapercibida a nuestra doctrina civilista; vid. p. ej. PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil* Ed.L. Bosch. Barcelona, 1988. T.II, vol.I pág. 286. quien pone de manifiesto que el concepto de nulidad radical de los contratos, lo mismo que el de inexistencia es siempre fruto de una decisión judicial. Cfr. Igualmente DE CASTRO, F. *El negocio...* cit. pág. 475. La naturaleza procesal de la nulidad, como veremos, permite resolver adecuadamente los problemas que plantea su aplicación en el ordenamiento procesal. BORREL Y SOLER, A.M. *La nulidad...* cit., pág. 105 ya puso de manifiesto la contradicción que suponía la no necesidad de acciones sostenida por los clásicos, con la pretensión de que éstas sean imprescriptibles.

113. Como pone de manifiesto SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *La nulidad...*cit. pág. 179. *La naturaleza declarativa o constitutiva de la acción y sentencia no depende del vicio, sino de la situación de hecho creada por el negocio inválido.* En efecto, si el acto o negocio ha llegado a producir efectos, la resolución que aprecie su nulidad o anulabilidad será constitutiva, si no los ha llegado a producir, por el contrario, será declarativa.

utilizado distintos criterios de pretendida base material cuya crítica ha sido realizada con todo detalle por SANTAMARÍA PASTOR. La producción de efectos *ipso iure*, a la que acabamos de aludir, choca con el modo real de operar de la nulidad, como no tienen más remedio que admitir los propios autores que lo utilizan¹¹⁴, acudiendo para resolver la contradicción a la naturaleza declarativa o constitutiva de la sentencia. Lo mismo sucede con la *retroactividad* que hace más bien referencia a la posibilidad o no de volver a la situación originaria, es común a ambas categorías¹¹⁵ y depende, como dijimos más arriba, de los efectos producidos por el acto.

Por lo que respecta a la *oponibilidad erga omnes* su inutilidad se pone de relieve al considerar, p. ej., el régimen peculiar establecido por el art. 34 de la LH del tercero de buena fe amparado por el registro, a quien no son oponibles causas de nulidad que no consten en el mismo¹¹⁶. Así como la limitación que deriva de la necesidad de que la nulidad sea declarada judicialmente para que pueda oponerse¹¹⁷.

La posibilidad o no de subsanación es igualmente inservible como criterio de distinción entre la nulidad y la anulabilidad ya que son múltiples los supuestos de nulidad que las leyes consideran subsanables¹¹⁸.

114. Vid. p. ej. DE LOS MOZOS, J.L. *La conversión del negocio jurídico* Ed. Bosch. Barcelona, 1959. *passim*. expresamente, pág. 160. Vid. tb. STS de 3 de enero de 1947 R. 5, ya cit.

115. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 185.

116. Cfr. id. pág. 183.

117. Cfr. Id. pág. 184.

118. Cfr. Id. pág. 181. A los que puede añadirse, además de los que veremos en el ordenamiento procesal, el del art. 116.1 de la LSA, así como los establecidos en los arts. 112 de la L 11/86 de 20 de marzo, de Patentes y 48

Ante la imposibilidad de establecer una diferenciación de las distintas categorías de ineficacia partiendo de los criterios de base material, SANTAMARÍA PASTOR pone de relieve la necesidad de acudir a un sistema distinto que tenga como punto de partida el carácter unitario de la invalidez *en cuanto abarca la totalidad de las situaciones de desajuste estructural entre el tipo normativo y el negocio real, que habilitan para una actuación eliminatoria o impeditiva de la eficacia práctica de éste*¹¹⁹. Lo cual sólo puede hacerse desde su comprensión como técnicas procesales, es decir, no como subespecies de la invalidez o la ineficacia, sino como conceptos autónomos, que constituyen el nexo de unión entre una y otra¹²⁰.

Dichas categorías no son otra cosa que un instrumento de carácter procesal a las *que ha de sujetarse el juzgador en cada caso para pronunciar la ineficacia de los actos inválidos*¹²¹. *Son a la invalidez —nos dirá— lo que el lenguaje a la idea: un instrumento de conversión de lo potencial en lo real, de plasmación actual de constataciones meramente teóricas*¹²².

Hasta aquí la construcción de SANTAMARÍA PASTOR es de una coherencia incuestionable y coincidimos plenamente con ella. Sin embargo, llegados a este punto trata de establecer unos

de la L 32/88 de 10 de noviembre, de Marcas. Vid. en este sentido GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. *Derecho Procesal Administrativo* (Coaut. GIMENO SENDRA, V. y GARBERÍ LLOBREGAT, J.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991. Págs. 260-261. Vid. tb. DÍEZ PICAZO y DE LA OLIVA SANTOS, “Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria”, *Rev. La Ley*, 1990-I, pág. 1049.

119. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. ob. cit., pág. 168.

120. Id. ob. y loc. cit.

121. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 168. Implícitamente lo admite DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. Pág. 301.

122. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. op. cit., págs. 168-169.

criterios de distinción unitarios incurriendo en mi opinión en una contradicción.

Partiendo de este carácter procesal establece tres criterios de distinción entre nulidad y anulabilidad: a) la posibilidad de enjuiciamiento *ex officio* de la nulidad frente a la anulabilidad¹²³; b) el carácter público de la acción de nulidad, derivado del interés que se protege, que trasciende el meramente privado¹²⁴ y c) la imprescriptibilidad de la acción de nulidad¹²⁵.

Dejando aparte la posible utilidad de estos criterios para distinguir nulidad y anulabilidad en el ordenamiento administrativo —en el que, además, la anulabilidad aparece expresamente—, el intento de establecer unos criterios de diferenciación *a priori*, con la pretensión de que sean válidos para el ordenamiento jurídico en general, supone un olvido del punto de partida.

Si la nulidad y la anulabilidad no son más que unas técnicas instrumentales y no un modo de ser del acto, ¿no puede el legislador las configurarlas de la manera que crea oportuna en cada momento?, e incluso ¿no es posible que prescindiera de alguna de ellas?

El propio autor es sin duda consciente de ello, cuando, al analizar el carácter público de la acción de nulidad, hace notar que no es impensable que la ley pueda establecer excepciones, pues nada se opone a la admisión de los conceptos de *nulidad relativa* y *anulabilidad absoluta*¹²⁶. Por otro lado reconoce que

123. Id. págs. 187 y ss. Ya puesto de manifiesto por la doctrina clásica. Cfr. por todos DE CASTRO, F. *El negocio...* cit. pág. 476.

124. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. op. cit., págs. 190 y ss.

125. Cfr. id. págs. 195 y ss.

126. Id. pág. 194.

la imprescriptibilidad de la acción de nulidad no tiene una base legal¹²⁷, e intenta fundamentarla en el interés general que subyace en la nulidad, acudiendo a la invariabilidad de la doctrina jurisprudencial¹²⁸, aunque admitiendo la dificultad práctica de su vigencia en nuestro ordenamiento. Todo ello le lleva a manifestar como única característica básica e insustituible de la nulidad la posibilidad de declaración *ex officio*¹²⁹.

En mi opinión ni siquiera la posibilidad de apreciación de oficio es sostenible de modo general. Como veremos, en nuestro ordenamiento procesal existe una única categoría de ineficacia, la nulidad, que, sin embargo, no puede decirse que sea siempre apreciable de oficio. Por ello, pienso que la característica propia de la nulidad es su contenido —la privación de efectos— y su naturaleza procesal. Pero las concretas especificaciones procesales, que pueden dar lugar a distintos modos de protección, deben ser examinadas en cada ordenamiento, pues su determinación es una cuestión de política legislativa.

La aplicación de la nulidad: criterios y objeto de protección

La última fase del fenómeno de la invalidez es la de su aplicación. Esta fase sólo puede ser correctamente entendida concibiendo la nulidad como *técnica* de protección del ordenamiento. Y el motivo no es otro que la posibilidad de considerar diversos criterios de utilidad y de oportunidad en la aplicación

127. Pues incluso en el art. 1301 del CC se dice expresamente que la acción de nulidad sólo durará cuatro años.

128. Cfr. la jurisprudencia cit. al respecto por DE CASTRO, F. *El negocio...* cit., pág. 480, en la que puede apreciarse la existencia de excepciones a este criterio general.

129. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 195.

de la categoría, así como una correcta comprensión de lo que debe entenderse por subsanación.

Si partimos de las tesis tradicionales que entienden la nulidad como vicio del acto, las consecuencias de la nulidad se imponen automáticamente y entrarían en juego todos los dogmas que hemos mencionado hasta ahora y que, al menos por lo que respecta al ordenamiento procesal, son gravemente distorsionantes.

La consideración de la nulidad como *técnica* permite incardinar su aplicación dentro de las peculiaridades de cada ordenamiento y tener en cuenta la finalidad del mismo. No es el acto y sus *vicios* lo que determina la aplicación de la categoría, sino el objeto de protección de la nulidad en cada ordenamiento y la utilidad de su aplicación. Permite, además, analizar sin prejuicios cuáles son los límites que el legislador ha puesto a la valoración de la nulidad, eliminando la necesidad de acudir a criterios como la *esencialidad* que son por demás oscuros y perturbadores.

Desde este punto de vista la subsanabilidad del acto, p. ej., adquiere una correcta significación como categoría situada en una posición lógica *anterior* a la de la nulidad: un acto es subsanable cuando, a pesar de la infracción cometida en su realización, la aplicación de la nulidad está excluida¹³⁰.

3. Concepto de nulidad

Establecer un concepto de nulidad no es tarea sencilla, pues la nulidad, a pesar de ser manejada como categoría jurídica general, no logra incorporar un contenido homogéneo que per-

130. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 182.

mita referirse a ella como tal, agrupándose bajo esa denominación supuestos muy diferentes, relativos unos a la forma de los actos, otros a los vicios de la voluntad manifestada y, por último, incluyendo también supuestos de referencia exclusivamente normativa¹³¹.

Tales consideraciones parecen una invitación a renunciar al establecimiento de un concepto unívoco de nulidad. Sin embargo, una cosa es que cada ordenamiento tenga sus peculiaridades en cuanto al régimen de la nulidad y otra muy distinta que la nulidad no tenga un contenido unitario¹³². Ese contenido común debe encontrarse en la finalidad que se persigue con la nulidad, en el plano axiológico¹³³. Por eso la consideración de la nulidad como *técnica de protección* del ordenamiento jurídico, resuelve en gran medida los problemas de configuración de la categoría.

La nulidad, independientemente de las causas que determinen su valoración, tiene siempre como nota identificadora la de ser una categoría tendente a la protección del ordenamiento jurídico a través de la privación de los efectos jurídicos producidos o cuya producción se pretenda.

Por ello, podemos definir la nulidad como ***técnica procesal dirigida a la privación de efectos producidos —o cuya producción se pretende— por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección.***

Cuatro aspectos son destacados dentro de este concepto:

131. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. pág. 467.

132. Cfr. COTURE, E.J. *Fundamentos...* cit. pág. 375.

133. Cfr. ALSINA, H. “Las nulidades...”cit. pág. 90.

a) La nulidad entendida como técnica de protección es algo extrínseco al acto mismo.

b) Para que un acto sea nulo debe, en primer lugar, *ser*, existir. De lo contrario no podríamos aplicarle el calificativo de nulo.

c) La norma infringida debe ser de tipo invalidante; es decir, de una naturaleza tal que su infracción conlleve la nulidad. El carácter invalidante de la norma puede venir atribuido por el ordenamiento de forma expresa o a través de un criterio general.

d) La determinación de lo que deba considerarse como causa de nulidad es fruto de una decisión política y no una exigencia lógica del ordenamiento que se imponga al legislador. Tal determinación se hará de acuerdo con criterios de oportunidad y proporcionalidad. Pero en esa tarea el legislador no está vinculado a otros criterios diferentes. En consecuencia, son de origen igualmente legal los límites de la nulidad y los cauces por los que puede hacerse valer.

1. Las categorías de ineficacia en la doctrina procesal y su fundamentación

La teoría de las nulidades ha sido construida fundamentalmente teniendo presente la estructura y funcionamiento del negocio jurídico. De ello ha sido siempre consciente la doctrina del Derecho Procesal, al considerar que su aplicación al proceso no puede hacerse de modo acrítico, por las graves dificultades que existen para conseguir una explicación coherente¹³⁴.

A pesar de esa cautela, el peso de las construcciones iusprivatistas es todavía muy fuerte. Y, al no haber una sistemática propia, existe una cierta prevención a abandonar totalmente las categorías y construcciones elaboradas por los civilistas. De

134. Cfr. CHIOVENDA, G. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. de E. Gómez Orbaneja. Ed. Rev de Der. Priv. Madrid, 1940. T.III, pág. 31; LIEBMAN, E.T. *Manuale di diritto processuale civile*. Ed. Giuffrè. Milano, 1980. T.I, pág. 232 y RODRÍGUEZ ESPEJO, J. “En torno...” cit., págs. 672-673. Este es el motivo fundamental por el que hemos dedicado una especial atención a las consideraciones que, sobre el fenómeno de la nulidad, han hecho JAPIOT y SANTAMARÍA PASTOR, que tienden a lo que podríamos denominar una relativización del fenómeno, en clara ruptura con las teorías iusprivatistas de corte *organicista*.

modo sintético puede decirse que este lastre iusprivatista se manifiesta fundamentalmente en dos aspectos: en primer lugar en la configuración de la nulidad como un *modo de ser del acto*; y en segundo lugar en la aceptación de las categorías *intermedias* de ineficacia del derecho privado.

La nulidad como vicio del acto

La consideración de la nulidad como vicio del acto obliga a poner el punto de partida en el acto procesal. Y más en concreto en el acto procesal *sano*. Este modo de proceder, cuyas consecuencias he tratado de poner de relieve en las páginas anteriores, conlleva la necesidad de distinguir de forma apriorística entre los elementos *esenciales* y los elementos *accidentales* del acto. Dicho criterio de distinción, al carecer de base normativa, da lugar a las más diversas posturas e introduce confusión¹³⁵. MORÓN PALOMINO, lo puso de manifiesto con especial claridad, haciendo ver, de paso, cuál debe ser el punto de partida para el estudio de las nulidades procesales. *Los autores españoles* —nos dice el mencionado autor— *que, apegados a la doctrina civilista del negocio jurídico, construyen la teoría del acto procesal partiendo de la consideración de los requisitos, pretenden crear una construcción jurídica, no sobre la base del derecho positivo español (nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no se ocupa del concepto de acto procesal y sus requisitos) sino sobre otra construcción ideológica; con lo que se produce una teoría sin base positiva y, por tanto, carente de*

135. Cfr. JAPIOT, R. *Traité élémentaire de procédure civile & commerciale*. Ed. Lib. A. Rousseau. Paris, 1916. Págs. 28-29. Prueba de ello es la argumentación de MATTIROLO, L. *Trattato di diritto giudiziario...* cit. vol.II, págs. 180 y ss.

*indiscutible aplicación práctica, ya que entre el texto legal y la construcción lograda o intentada, se halla, al menos, otra construcción ideal*¹³⁶.

De la catalogación de la nulidad como vicio surge también —como ya hemos tenido ocasión de ver más arriba¹³⁷— una confusión entre la validez y la eficacia, considerándose que el acto que está *viciado de nulidad* no produce efectos. Esta confusión de planos, que en el derecho privado plantea problemas, con mayor motivo los plantea en el proceso, donde claramente hay actos válidos ineficaces (piénsese en el auto decretando un embargo que no puede llevarse a cabo por no haber bienes), y hay actos nulos que producen efectos¹³⁸ (p. ej. la excepción de litispendencia que haya prosperado, como consecuencia de la tramitación de un proceso posteriormente declarado nulo por falta de competencia objetiva; o la declaración de rebeldía del demandado que traiga causa de una notificación nula).

Esta diferenciación es negada modernamente por algunos autores como *falsamente realista y no procesal*, pues lo único que pone de manifiesto es *la necesidad de establecer (...) instrumentos eficaces para la ineficacia (real) de lo (teóricamente) nulo*¹³⁹. Instrumentos que, desde nuestro punto de vista, no

136. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. págs. 79-80.

137. Vid. *supra*, págs. 55 y ss.

138. Cfr. CHIOVENDA, G. *Instituciones...* T.III, pág. 32. Lo cual exige de la doctrina matizaciones muchas veces alambicadas. Vid. p. ej. MAURINO, L.A. *Nulidades procesales*. Buenos Aires, 1982. Pág. 16, que considera que la nulidad *potencialmente lo coloca* (al acto) *en situación de ser declarado judicialmente inválido*.

139. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal civil*. (Con FERNÁNDEZ, M.A.) Ed. PPU. Barcelona 1988. T.II, pág. 123.

es posible compaginar, ni siquiera teóricamente, con el funcionamiento del derecho¹⁴⁰.

Por otro lado, el punto de partida adoptado —el acto procesal y sus requisitos— lleva, en la gran mayoría de los casos, a renunciar al estudio de la nulidad en el proceso globalmente considerado, circunscribiéndolo a la de cada uno de los actos. Y, en consecuencia, a la imposibilidad de lograr una explicación general y unos criterios de aplicación uniformes¹⁴¹.

La aceptación de las categorías tradicionales de ineficacia

El motivo por el que la doctrina procesal, casi unánimemente¹⁴², ha admitido la existencia de diversas categorías de ineficacia ha sido la necesidad de racionalizar esta materia. Ciertamente la única categoría que aparecía expresamente contemplada en nuestras leyes procesales era —y es— la nulidad. Ahora bien, reducir los supuestos de ineficacia a los contemplados por la Ley suponía una restricción inadmisibles del ámbito de aplicación de esta categoría. Por el contrario, funda-

140. Para no ser reiterativos nos remitimos a lo expuesto más arriba (vid. págs. y ss. **(nota 101)**) sobre la confusión de los planos del “ser” y del “deber ser”, en relación con el pretendido funcionamiento automático de la nulidad. Cfr. en este sentido BORRADO INIESTA, I. “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial” en *Rev. Justicia*, 1993, núms. I y II. Pág. 86.

141. No parece aventurado entrever las reminiscencias de tipo *procedimentalista* que subyacen en ese planteamiento. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*. Ed. Bosch. Barcelona, 1978. Págs. 34 y ss.

142. Con excepción de MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. *passim*, especialmente cap. IV, quien, fiel a su punto de partida, ceñido a la regulación positiva, prescinde de esta diferenciación.

mentar la nulidad en el art. 6.3 del C.C. conducía a una expansión excesiva de la misma, pues cualquier infracción sería susceptible de provocar la nulidad¹⁴³.

Ante esta disyuntiva, se opta por acudir a las categorías de elaboración doctrinal ya existentes en el derecho privado, que permiten graduar la ineficacia, intentando justificar su existencia implícita en el ordenamiento procesal, con las necesarias adaptaciones. La aceptación de esta gradación de ineficacia del derecho privado se apoya en dos premisas que deben ser analizadas: por un lado la existencia —bien en el acto, bien en la norma— de una base conceptual de diferenciación; y, por otro, la existencia de unos efectos diferentes para cada categoría.

– INTENTOS DE FUNDAMENTACIÓN ONTOLÓGICA DE LAS CATEGORÍAS

No es posible hacer una clasificación de todos los criterios utilizados para fundamentar estas categorías intermedias de ineficacia, pues existen infinidad de matices¹⁴⁴. No obstante, puede decirse de modo sintético que se han ensayado los siguientes: el criterio de la esencialidad de la circunstancia ausente en el acto; el criterio de la indisponibilidad de la norma infringida; y, por último se ha tratado de identificar cada una de las categorías en virtud de los efectos que producen.

En realidad no se encuentran autores que sostengan una de las posturas con exclusión de las otras. Únicamente cabe hacer

143. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. (Ob. col. coord. por Valentín Cortés). Ed. Tecnos. Madrid, 1985. Pág. 579.

144. Para una exposición sistemática de las diversas posturas de la doctrina clásica contemporánea puede verse MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. cap. III.

referencia a la mayor o menor relevancia que dan a un criterio sobre los demás. Pues la doctrina es consciente de que ninguno de los criterios, aisladamente, sirve para obtener una mínima seguridad en la descripción de las categorías. No parece una exageración concluir, tras el estudio de las distintas opiniones sobre el tema, que la doctrina se ve obligada a recoger unas categorías generalmente aceptadas, de las que parece imposible prescindir, pero con gran escepticismo sobre su utilidad práctica¹⁴⁵.

a) La esencialidad de la circunstancia ausente en el acto

Se trata de un criterio de corte claramente *organicista*, que parte del acto mismo y de sus requisitos. Desde esta perspectiva la diferenciación de las categorías se considera posible atendiendo a la distinción entre los elementos constitutivos, sustanciales y accidentales del acto¹⁴⁶. Suelen distinguirse con base en este criterio cuatro tipos de ineficacia: Inexistencia, nulidad

145. Cfr. p.ej. ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios...* cit. pág. 579, donde tras mencionar el principio de legalidad establecido en el art. 1º de la LEC en relación con el art. 6.3 del CC, pone de manifiesto su inutilidad para resolver la problemática de la nulidad procesal.

146. Cfr. v.gr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. págs. 461 y ss.; FENECH, M. *El proceso penal*. Ed. AGESA. Madrid, 1978. Págs. 187-188; ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional* (Coaut. MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER) Ed. L. Bosch. Barcelona, 1991, T.I, págs. 578 y ss; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal* (Coaut. ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988, T.I, vol.I, pág. 198, aunque desde una perspectiva distinta, pues parte de la regulación de la LOPJ; y MAURINO, L.A. *Nulidades...* cit. págs 17-18.

absoluta, nulidad relativa y anulabilidad¹⁴⁷. Como categoría distinta se suele también hacer referencia a la irregularidad¹⁴⁸.

La primera categoría de ineficacia que suele admitirse es la *inexistencia*. Su definición ontológica se intenta desde la consideración de que existen elementos del acto que son necesarios no ya para su validez sino para su misma existencia: son lo que se ha denominado elementos constitutivos¹⁴⁹. Sin embargo, la identificación de estos elementos frente a los elementos sustanciales, cuya ausencia provocaría la nulidad, es una tarea poco menos que imposible incluso desde el punto de vista teórico¹⁵⁰.

El mantenimiento de esta categoría como diferenciada de la nulidad obedece a diversos motivos. Junto a la necesidad de resolver los problemas de tipificación que conllevan los sistemas de nulidades explícitas¹⁵¹, esta categoría ha servido, fun-

147. El fundamento legal de esta diferenciación de categorías de ineficacia es más que dudoso y de ello es consciente la doctrina. No obstante, parte de ella, la considera necesaria para resolver los problemas que la nulidad plantea en el proceso. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado de derecho procesal civil*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1982. T.I, pág. 576; VERGÉ GRAU, J. *La nulidad de actuaciones*. Ed. L. Bosch. Barcelona, 1987. Págs. 43-49, entre otros muchos. No falta, sin embargo quien, tratando de ceñirse a la norma distinga únicamente entre nulidad —como equiparada a la inexistencia— y anulabilidad. Cfr. FAZZALARI, E. *Instituzioni di diritto processuale* Ed. CEDAM. Padova, 1979. Pág. 211.

148. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*. cit. T.I. pág. 368 y ss.

149. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 461.

150. Cfr. CHIOVENDA, G. “Las formas en la defensa judicial del derecho” en *Ensayos de derecho Procesal civil*. Trad. de Sentís Melendo. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1949. T.II, pág. 150.

151. Entre los cuales, con frecuencia, se consideraba incluido nuestro ordenamiento procesal. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. págs.

damentalmente, para sortear el efecto de cosa juzgada en supuestos especialmente graves¹⁵².

Por mi parte pienso que la inexistencia hay que entenderla en relación con el funcionamiento del sistema jurídico en general¹⁵³. Lo mínimo que se le exige a un acto humano para que produzca efectos en el orden jurídico es la apariencia de juridicidad¹⁵⁴. Y, por consiguiente, los únicos supuestos de inexistencia que pueden contemplarse, dentro del sistema jurídico, son dos: la inexistencia como categoría no jurídica, es decir, el *no ser* como concepto común al conocimiento humano; y la ausencia de apariencia jurídica¹⁵⁵. *La inexistencia de un acto*

87-91 puso de manifiesto la inaplicabilidad del sistema de nulidades explícitas al ordenamiento español. En realidad la existencia de sistemas de nulidades explícitas en sentido estricto es más que dudosa, pues en la mayoría de los casos no han pasado de ser una pretensión del legislador. Cfr. JAPIOT, R. *Traité élémentaire...* cit. págs. 28 y ss. Vid. *supra* pág.58.

152. Cfr. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad* cit., págs. 115 y ss; CUNEO LIBARONA, M. *Nulidad de sentencias en el proceso penal* ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1978. Págs. 20-21 y VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. págs. 43-49.

153. Vid. *supra* pág. 45 y autores allí citados.

154. Cfr. CARNELUTTI, F. *Instituciones...* cit. pág. 273; Igualmente, de modo difuso MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit., págs. 115-117, aunque acudiendo a la esencialidad del acto; y SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit., págs. 460-461, si bien empleando un concepto más amplio —la apariencia de *legitimidad*— que puede llevar a incluir supuestos de nulidad.

155. La distinción de estos dos planos —el ontológico y el jurídico— permite clarificar la categoría de la inexistencia. Así, una notificación que no se ha realizado es inexistente desde el punto de vista real o físico: no produce ningún efecto. Será jurídicamente inexistente, v.gr., la notificación que realiza oralmente el cartero por encargo del agente judicial, del que es

procesal —dice COUTURE— *plantea un problema anterior a toda consideración de validez de él*¹⁵⁶. No ha conseguido entrar en el mundo del derecho y por ello no puede considerarse si es o no válido¹⁵⁷.

La inexistencia jurídica así entendida sí es diferenciable de la nulidad, porque en ella el plano del deber ser y el ser coinciden plenamente. El acto inexistente no sólo es que *no deba* producir efectos, sino que de hecho no los produce¹⁵⁸. Y ello, no en razón de la gravedad de la discordancia con la norma, sino de la falta de apariencia de juridicidad, que permite desconocerlo sin necesidad de declaración judicial alguna¹⁵⁹. Con

amigo: puede prescindirse de ella sin más, pues no tiene la mínima apariencia de juridicidad. Por el contrario, la notificación realizada en lo que equivocadamente se supone el domicilio del demandado, a persona distinta de las previstas legalmente, sin que el defecto sea advertido por el agente judicial, goza de una apariencia jurídica que debe ser desvirtuada, quedando fuera del campo de la inexistencia.

156. COUTURE, E.J. *Fundamentos...* cit. Pág. 377.

157. Cfr. LIEBMAN, E.T. *Manuale di diritto processuale civile*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1980. T.I, pág. 241 y RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal civil*. cit. 1991, T.I, pág. 368.

158. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*. cit. T.I. Pág. 368.

159. Cfr. SERRA, M. *Estudios...* cit. pág. 460.; ORTELLS RAMOS, M. “Los actos procesales” en *Derecho Jurisdiccional* (Con MONTERO AROCA Y GÓMEZ COLOMER) Ed. L. Bosch. Barcelona, 1989. T.I, pág. 565; ALMAGRO NOSETE, J. “La nulidad de sentencia, por omisión de datos esenciales en hechos probados” en *Rev. de Der. Proc. Ib.* año 1979, núm. 4. pág. 995. Es el supuesto —si se nos permite el abandono momentáneo del tono académico— del “gol” metido por un espontáneo que se lanza al terreno de juego y arrebató el balón a un jugador. Los agentes del orden procederán a expulsarlo, pero indudablemente ese “gol” no crea expectativas para el equipo al que podría beneficiar. Acabado el incidente, el juego continuará, sin necesidad de declarar su nulidad.

ello el campo de aplicación de la inexistencia se ve notablemente restringido: tan pronto como para eliminar la apariencia de regularidad del acto deba obtenerse una declaración, no estamos ya ante un supuesto de inexistencia sino de nulidad¹⁶⁰. Cualquier acto capaz de producir efectos no puede considerarse inexistente sin forzar los principios de la lógica. Y el hecho de tener que acudir a los tribunales para *declarar su inexistencia* es algo más que un indicio de que el acto goza de la protección del ordenamiento¹⁶¹.

Las dos siguientes categorías de ineficacia que suelen admitirse son la nulidad absoluta y la anulabilidad. Desde el punto de vista del contenido, la *nulidad absoluta* —equivalente por lo general a los términos *nulidad de pleno derecho* y *nulidad radical*— vendría provocada por la falta de requisitos esenciales o indispensables para la validez del acto; mientras que la *anulabilidad* se produciría en aquellos casos en que el elemento o

160. Este criterio (la necesidad de acudir a una declaración judicial) es complementario del de la “apariencia” que, aunque en principio sea clarificador, no está exento de problemas; fundamentalmente porque incluye un cierto matiz subjetivo en la apreciación: lo que no tiene apariencia ninguna de juridicidad para un conocedor del derecho puede tenerla para quien no lo sea.

161. Cfr. ALSINA, H. “Las nulidades...” cit. pág. 90. Habrá que considerar, por tanto, la posibilidad de que el legislador, al no hacer referencia a la inexistencia en la LOPJ, más que incurrir en una omisión, esté limitándose a regular lo que existe desde el punto de vista jurídico; pues lo que no existe no necesita ser tomado en consideración. En el mismo sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 461, aunque sin distinguir validez de eficacia, pues considera al acto nulo *intrínsecamente inoperante*. En contra de esta tesis se manifiesta, entre otros, MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. pág. 116. Vid. también STS de 17 de mayo de 1972 R. 2187.

requisito ausente no es esencial, aunque es lo suficientemente grave como para que pueda privarle de efectos si es puesto de manifiesto por la parte¹⁶².

Algunos autores sostienen la existencia de la *nulidad relativa* como categoría intermedia entre la nulidad absoluta y la anulabilidad, basándose en que determinados supuestos de nulidad absoluta son susceptibles de convalidación por previsión expresa del legislador¹⁶³. Suelen considerarse ejemplos de ello el art. 279 LEC y el 180 de la LECrim, referentes a las notificaciones y emplazamientos que, no obstante su irregularidad, se tendrán por válidos cuando el incorrectamente emplazado o notificado se dé por enterado de los mismos.

La categoría de la nulidad relativa constituye un paradigma de las dificultades a que dan lugar las construcciones tradicionales sobre la nulidad. No se trata de una sutileza sistemática sino de un notable y necesario esfuerzo en orden a explicar esa regulación legal dentro del sistema de ineficacia comúnmente admitido: ¿cómo un acto que es nulo —incluso nulo de pleno

162. Cfr. STS 2 de abril de 1979. R.A 1549, en la que se hace un análisis de la doctrina expuesta.

163. Cfr. FENECH, M. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1945. T.II. pág. 50; CARNELUTTI, F. *Sistema de derecho Procesal*. Trad. de Alcalá Zamora y Sentís Melendo. Ed. UTEHA, Buenos Aires, 1944. T.III, pág. 566; SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 464; VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 58. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*. cit. T.I. pág. 368 y ss., incluye dentro de esta categoría de la nulidad relativa los actos de parte cuya subsanación sea posible, como con carácter general recoge el art. 243 de la LOPJ. Sin embargo, considero que la subsanabilidad a la que hace referencia este precepto es de una naturaleza distinta a la que aquí estamos considerando. Fundamentalmente porque, como más adelante se verá, la nulidad de modo propio sólo es aplicable a los actos judiciales.

derecho—, puede ser convalidado? Como el punto de partida es el concepto de *nulidad-vicio* se hace necesaria la creación de un nuevo tipo de ineficacia, ya que resulta imposible toda referencia a la finalidad del acto y su cumplimiento, y menos aún a sus efectos, pues *no los produce*¹⁶⁴.

Como puede observarse el criterio de identificación que estamos exponiendo remite al problema irresoluble de la determinación de cuáles son circunstancias esenciales y cuales no; con la dificultad añadida de diferenciar los requisitos esenciales de *validez* de los de *existencia*¹⁶⁵. Así lo puso de manifiesto CHIOVENDA hablando del art. 56 de la derogada Ley Procesal Civil italiana, que introducía este criterio con la intención de

164. Cfr. la explicación de SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 464. Igualmente vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal civil*. cit. T.II, pág. 123. Cuando la nulidad se considera como técnica de protección, por el contrario, la referencia a la finalidad es no sólo posible sino inevitable. Así, en los supuestos de actos de comunicación realizados con infracción de las normas procesales o incluso omitidos, no se hace precisa ninguna argumentación especial para explicar por qué esa infracción deja de tenerse en cuenta cuando quien podría denunciarla se comporta como si no se hubiera producido. Se trata de un previsión lógica desde el momento en que la finalidad de las normas que regulan los actos de comunicación no es otra que garantizar, dentro de lo posible, que esa comunicación se lleve a cabo; es decir, el principio de contradicción procesal. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Derecho de los tribunales*. cit. pág. 461. Conseguido el efecto, aun con infracción de las normas procedimentales, se ha cumplido la finalidad y deja de tener sentido la consideración sobre la validez o no de los actos realizados. El criterio del cumplimiento del fin de los actos ha sido incorporado con carácter general a nuestro ordenamiento procesal a través del art. 240 de la LOPJ.

165. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional* (ob. col. cit.) T.I, pág. 565.

clarificar la materia: *He aquí el campo de infinitas cuestiones; ya que si existen elementos cuya esencialidad es clara, hay muchos que pueden parecer o no sustanciales según el punto de vista del interesado. Por otra parte, el que un acto sea o no esencial, a menudo no es cuestión que pueda resolverse por principios lógicos, sino indagando en la voluntad del legislador que puede haber considerado como esencial aquello que por sí mismo no lo sería. Respecto a esta “esencialidad relativa” (permítaseme la expresión), la fórmula de la ley, contiene un círculo vicioso*¹⁶⁶.

b) *La indisponibilidad de la norma infringida*¹⁶⁷

En este segundo criterio utilizado para diferenciar las categorías de ineficacia en el proceso la perspectiva es sensiblemente diferente, pues se estudia el fenómeno desde la norma. De acuerdo con este criterio, las categorías podrían identificarse del siguiente modo:

- *Nulidad absoluta*: es un vicio o defecto del acto que se origina por la infracción de una norma *indisponible*.

- *Nulidad relativa o anulabilidad*: Su causa es la infracción de una norma *disponible* que, por tanto, no provoca la nulidad

166. “Las formas en la defensa...” cit., pág. 150.

167. Cfr. KISCH, W. *Elementos de Derecho Procesal Civil* Trad. de Prieto Castro Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1932. pág. 159 y ss.; SCHÖNKE, A. *Derecho procesal civil* Trad. de Prieto Castro y Fairén Guillén. Ed. Bosch. Barcelona, 1950; GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil* Trad. de Prieto Castro Ed. Labor. Madrid, 1936. Pág. 321 ; PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. 1985. T.I, pág. 585 y ss, lo utiliza como criterio complementario del anterior, pero en definitiva es el que le sirve para establecer la distinción entre las diversas categorías.

del acto, pues queda a disposición de la parte su denuncia; y cuando ésta no se produce el acto queda convalidado.

A pesar del avance que supone la utilización de este criterio¹⁶⁸ —en la medida en que tiene en cuenta el origen positivo de la invalidez—, lo cierto es que no logra resolver el problema de la identificación de las categorías pues la ley no nos dice qué normas son disponibles y cuáles no. De modo complementario, se ha intentado utilizar el *orden público procesal* como determinante de la indisponibilidad de las normas¹⁶⁹. Pero su utilización no ha contribuido a despejar dificultades, pues no se ha llegado a dotarlo de un contenido suficientemente concreto¹⁷⁰. ALMAGRO NOSETE comenta al respecto que *el concepto de orden público es un arma de doble filo, pues, en ocasiones, razones también de “orden público” procesal abonarán que no se pueda dictar una nulidad por motivos de orden público*¹⁷¹.

168. Aunque no le han faltado detractores como ALSINA, H. “Las nulidades en el proceso civil” en *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei* Ed. CEDAM. Padova, 1958. T.II, pág. 99 y PODETTI, J.R. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil* Ed. EDIAR. Buenos Aires, 1963. Pág. 277, que no aceptan esta distinción pues consideran que cualquier infracción es renunciable por quien puede hacerlo.

169. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho jurisdiccional* ob. col. cit. T.I. Pág. 564.

170. El criterio del orden público como determinante de la nulidad de pleno derecho o absoluta, dentro del derecho procesal no es unánimemente compartido. LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción por razón de la materia*. Ed. Trivium. Madrid, 1991. Pág. 95, pone de manifiesto la equivocidad del término. Una correcta comprensión de lo que debe entenderse por orden público en el proceso puede aportar mucha luz respecto a la valoración y aplicación de la nulidad procesal.

Como el mismo autor explica, la razón está en que el concepto de orden público *no es lineal ni inmutable, sino jerarquizado y dinámico*¹⁷².

La relativa indeterminación del orden público como criterio jurídico de valoración es, sin duda, una dificultad. Pero por lo que respecta a nuestra disciplina, a esa dificultad —común a todo el ordenamiento jurídico— hay que añadir otra, de origen jurisprudencial, que es la identificación entre el orden público y el respeto a la normativa procesal en su conjunto; es decir, la catalogación como de orden público de todos los preceptos procesales.

Esa aplicación extensiva del criterio del orden público —denunciada por el TC¹⁷³ como carente de base legal— o bien lo incapacita como criterio de distinción de nulidad y anulabilidad, o bien produce una eliminación de los supuestos de anulabilidad en el proceso.

Abriendo una nueva vía para la comprensión de la nulidad procesal, PRIETO CASTRO enumera tres principios que, si son afectados con la infracción de la norma, determinan su carácter

171. “La nulidad de sentencia por omisión de datos esenciales en hechos probados” en *Rev. de Der. Proc. Ib.* año 1970, núm. 4. Pág. 992.

172. Id. loc. cit. *Jerarquizado, en cuanto que para establecer (...) que la infracción de una norma, aunque sea indisponible, apareja infracción de orden público, (...) habrá (...) que haber indagado si por encima de dicha norma no existe otra en que la proporción de orden público sea tal que impida que, precisamente en nombre del orden público, se llegue a legitimar un resultado más oneroso aún para ese mismo orden público invocado, cuya restauración se trata de conseguir. Dinámico, porque su contenido es variable y su última referencia la de la defensa del orden jurídico constituido.*

173. Cfr. STC 39/88 de 9 de marzo.

de indisponible: la imparcialidad del juez, el principio de igualdad de las partes y la seguridad jurídica o intangibilidad de las situaciones procesales adquiridas¹⁷⁴. Esta formulación es una prueba evidente de cómo la doctrina del Derecho Procesal, a pesar de utilizar las categorías tradicionales, ha establecido criterios propios que son precisamente los que vamos a encontrar en la LOPJ¹⁷⁵. Puede advertirse aquí ya la base de lo que podríamos denominar el *orden público procesal*, estrechamente relacionado con la nulidad.

c) La identificación de las categorías con los efectos

Existen por último autores que tratan de identificar las categorías a través de la distinción de los efectos que producen¹⁷⁶, entre los que están incluidos quienes utilizan el criterio de la sanabilidad o no del vicio, para distinguir las categorías. La utilización de un criterio semejante no es sino el reconocimiento de la imposibilidad de encontrar un criterio de defini-

174. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. 1982. T.I. Pág. 582.

175. Así SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 461, tras reconocer que no puede establecerse un cuadro completo de esas nulidades, que deben ser investigadas caso por caso, intenta acercarse a una formulación general al decirnos que *la nulidad absoluta se refiere a los presupuestos del acto, con ciertas excepciones, mientras que la anulabilidad acostumbra a referirse a los elementos accidentales*.

176. Cfr. p. ej. CARNELUTTI, F. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Alcalá Zamora y Sentís Melendo. Ed. UTEHA. Buenos Aires, 1944. T.III, pág. 558 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho procesal civil* (Coaut. HERCE QUEMADA) Ed. del autor. Madrid, 1969. T.I. Pág. 168; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal*. (Con ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990. T.I. Vol I. pags. 218 y ss.

ción propio para cada categoría: sólo a posteriori puede examinarse a que categoría corresponde, pero no podemos definir previamente cuál es su causa¹⁷⁷. Como veremos inmediatamente, al carecer de base legal los efectos que se atribuyen a cada categoría, no existen criterios estables. Tras la aparente solidez de las construcciones se descubre que, finalmente, es el buen sentido del juzgador lo único que permitirá la utilización correcta de la nulidad procesal¹⁷⁸.

– LA DIFERENCIACIÓN DE LAS CATEGORÍAS POR SUS EFECTOS

En cuanto a los efectos que se derivan de cada una de las categorías, la doctrina aplica, igualmente con matices, los criterios establecidos por la dogmática tradicional. Pero ni siquiera en este tema, que es el que indudablemente más interesa, hay unanimidad

Con respecto a la *inexistencia*, quienes sostienen su configuración como categoría autónoma, la consideran como la que produce la ineficacia más radical. Se argumenta que siendo un proceso inexistente y siéndolo por tanto la sentencia, no cabe

177. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal civil* (Con FERNÁNDEZ, M.A.) cit. T.II. pág. 126, quien reconoce que *si bien la nulidad radical, la anulabilidad y la irregularidad, ontológicamente consideradas deberían definirse por la singularidad de sus respectivas causas, son más bien los efectos jurídicos distintos los elementos que perfilan expresivamente la diferenciada realidad de los actos nulos, anulables e irregulares.*

178. Cfr. id., págs. 124-127, de modo paradigmático, pues, tras sostener la vigencia de las categorías tradicionales, reconoce que no hay una correlación exacta entre los elementos que permiten identificarlas (declaración de oficio o a instancia de parte, carácter insubsanable o no, sujeción o no a plazos preclusivos, etc.) y los que en realidad se observan.

apreciar el efecto de cosa juzgada, ni la subsanación derivada del mismo, ni plazos de prescripción a efectos de recursos, etc. Estaríamos ante supuestos que permiten en todo momento, sin limitación de tiempo, su denuncia e invalidación¹⁷⁹. Sin embargo, basta con mirar nuestro ordenamiento procesal para darse cuenta de que tales supuestos no existen o, al menos, no existen diferenciados de los de nulidad.

La necesidad de eliminar, en determinadas situaciones, las consecuencias que la cosa juzgada provoca respecto de la inmutabilidad de la sentencia y sus efectos, está contemplada en nuestro ordenamiento desde antiguo a través de procesos excepcionales. Esa debe ser la única vía adecuada para lograrlo¹⁸⁰. La constatación de que hay supuestos que no están contemplados en la regulación de esos procesos, o de la existencia de limitaciones temporales que puedan amparar situaciones gravemente irregulares, debe llevar, en todo caso, a un replanteamiento de su regulación actual. Pero no justifica, en mi opinión, la creación de categorías que, como la inexistencia, carecen de base legal.

Se considera generalmente que son efectos propios de la *nulidad de pleno derecho*: la no producción de efecto alguno por el acto *viciado*; la imposibilidad de subsanación y consiguiente

179. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho jurisdiccional*. cit., T.I. pág. 578. Igualmente SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El incidente de nulidad de actuaciones” en *Rev. Justicia*, 1981, Núm. especial. Pág. 45; si bien en *Estudios...* cit., págs. 460-461, la mayoría de los supuestos de inexistencia que considera, están basados en la falta de *apariencia de legitimidad*, coincidiendo con la opinión manifestada por MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. págs. 115 y ss.

180. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 34. Por lo que respecta a la opinión que sostenemos relativa a la relación entre revisión y nulidad. Vid. *infra*, pág. 342 y ss.

imprescriptibilidad de la acción para denunciarla; y, por último, la posibilidad de ser puesta de manifiesto tanto por el órgano jurisdiccional como por las partes¹⁸¹.

Por el contrario serían efectos propios de la *anulabilidad*: la producción de efectos en tanto no sea denunciada, la posibilidad de subsanación incluso por inactividad de la parte a la que perjudique, y la necesidad de que sea puesta de manifiesto a instancia de parte¹⁸².

2. Las discordancias del sistema tradicional

En repetidas ocasiones la doctrina ha puesto de manifiesto la falta de claridad de la regulación de esta materia en nuestras leyes procesales. Sin embargo, rara vez se ha puesto de manifiesto la necesidad de replantearse las categorías utilizadas.

181. Cfr. p. ej. GUASP DELGADO, J. *Derecho procesal civil*. Vol. I. pág. 252.; RODRÍGUEZ ESPEJO, J. “En torno a la teoría general de la eficacia o nulidad de los actos procesales” en *Rev. de Der. Priv.* 1976. Pág. 671. Aunque hay autores que sostienen la subsanabilidad de la nulidad absoluta (vid. TRUJILLO PEÑA, J. “La subsanación de los defectos procesales en la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956” en *Rev. de Der. Proc. Ib. y Fil.* 2ª época, 1961. Núm. 4. Págs. 722 y ss). Por lo que respecta a la no producción de efectos la doctrina procesalista moderna no ha tenido más remedio que tomar en cuenta el funcionamiento real de la categoría, admitiendo la necesidad de una declaración judicial. Cfr. MANDRIOLI, C. *Corso di diritto processuale civile*. Giappichelli ed. Torino, 1989. T.I pag. 374. Esta consideración es la que llevará a FAZZALARI, E. *Instituzioni...* cit. pág. 211, a equiparar la nulidad a la inexistencia y a considerar los supuestos de nulidad legales como supuestos de anulabilidad.

182. Cfr. por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. págs. 464-465.

Cierto es que la legislación necesita ser mejorada en este como en otros temas. Pero lo que aquí planteamos es la posibilidad de que algunos de los problemas no procedan de una defectuosa regulación, sino de las construcciones doctrinales de referencia¹⁸⁵. Si ello fuera así, la sola modificación de la normativa no lograría los resultados pretendidos. Por otro lado, para poder exigir al legislador el establecimiento de unos criterios claros, debe conseguirse una cierta unanimidad sobre los mismos¹⁸⁴. El hecho de que la generalidad de las regulaciones legales renuncien a abordar el tema siguiendo las pautas doctrinales es ciertamente sintomático¹⁸⁵.

La discordancia a la que estamos haciendo referencia surge desde el momento en que hay aspectos que no se pueden tener en cuenta utilizando las mencionadas categorías, y otros a los que no se logra dar una explicación satisfactoria. Con el fin de exponer estos aspectos ordenadamente, podemos agruparlos en tres: a) los presupuestos procesales y su problemática en relación con la nulidad; b) la peculiaridad de los actos procesales;

183. Cfr. LIEBMAN, E.T. *Manuale...* cit., T.I, pág. 232. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El incidente de nulidad de actuaciones” en *Rev. Justicia*. Núm. especial. 1981. Pág. 47, quien reconoce que *los verdaderos problemas en torno a la nulidad procesal no estriban tanto en determinar los casos concretos en que la nulidad se produce, cuanto las grandes categorías de ineficacia de los actos procesales y la forma concreta en que puede denunciarse la nulidad procesal*.

184. Unanimidad que dista mucho de conseguirse en lo que a los elementos del acto procesal se refiere. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho jurisdiccional* (ob. col.) 1991, cit. T. I, pág. 561.

185. Cfr. la regulación de la nulidad en el nuevo CPC italiano (arts. 156-162), en la que se eliminó la referencia a los elementos esenciales. El nuevo CPC chileno de 1990, aprobado por D. 660 de 30 de abril, contiene una regulación más genérica que la de nuestra LOPJ.

c) la adecuada explicación de la nulidad en relación con el efecto de cosa juzgada.

El problema de los presupuestos procesales

Existe una categoría procesal que, por estar unida al nacimiento de nuestra disciplina, y por su estrecha relación con la nulidad¹⁸⁶, debe ser mencionada en este apartado: los presupuestos procesales. El término *presupuesto procesal* estaba ausente de nuestra legislación hasta la Ley 34/84, que lo introduce en el art. 693. 3 de la LEC, si bien con poca fortuna, como hace notar LOZANO-HIGUERO, pues equipara los presupuestos a los requisitos, *cuando el primero prefigura la relación procesal y el segundo —el requisito— acto o actos concretos y específicos del proceso*¹⁸⁷. El estudio de su influencia en la nulidad procesal sólo puede abordarse adecuadamente, en mi opinión, desde una perspectiva distinta de la que aporta la dogmática iusprivatista. En concreto, una perspectiva que permita la consideración unitaria del proceso.

Dada la complejidad del tema, me limitaré a poner de manifiesto cómo, a mi juicio, gran parte de los problemas que existen respecto a los presupuestos procesales obedecen a una trasposición acrítica de los dogmas clásicos de ineficacia. Ello se observa en una doble vertiente: en la determinación de los que

186. Cfr. VON BÜLOW, O. *Las excepciones procesales...* cit. pág. 9.

187. LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Introducción...* cit. pág. 162. Cfr. tb. ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios...* cit., pág. 580 y CALVO SÁNCHEZ, C. “Comentario a un acta de comparecencia. ¿Es subsanable la falta de litisconsorcio necesario?” en *Rev. de Der. Proc.* 1987. Núm. 1, pág. 88, quien hace notar que, mientras los presupuestos son cualidades previas, los requisitos son cualidades coetáneas.

deben ser considerados como presupuestos y en el elemento respecto del cual adquieren su condición de tales; aspectos ambos que están mutuamente condicionados, como veremos inmediatamente.

La determinación de los presupuestos exigiría, con carácter previo, un concepto de presupuesto procesal. Pero ese tratamiento marginal, vinculado generalmente a la ineficacia, hace que, en el momento actual, tratar de definir lo que deba entenderse por presupuestos procesales es una tarea poco menos que imposible¹⁸⁸. Por lo general la doctrina ha prescindido de la acepción originaria¹⁸⁹, transformando los presupuestos proce-

188. Cfr. PODETTI, J.R. *Teoría y técnica del proceso civil...* cit., pág. 260. Puede observarse como cada autor añade matices peculiares, relacionadas con las consecuencias que se derivan de la ausencia de los presupuestos. A modo de ejemplo cfr. CARNELUTTI, F. *Instituciones del nuevo proceso...* cit. pág. 304.; CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit., T.I, pág. 71, que los considera *condiciones para que se produzca un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la sentencia*; COUTURE, E. *Fundamentos...* cit. pág. 102, para el cuál son *antecedentes para la existencia jurídica y validez formal del proceso*; ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional* (ob. col) cit., T.I, pág. 548; LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Introducción...* cit. págs. 162-163; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho procesal civil* cit., T.I, pag. 248. GIMENO SENDRA, V. *Introducción al derecho procesal* (coaut. MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. Págs. 229-230, por su parte los considera condiciones de *admisibilidad*.

189. Cfr. GUASP DELGADO, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. cit., T.I, pág. 684. Aunque desde el punto de vista conceptual lo mantiene p. ej. ALAMILLO CANILLAS, F. *La nulidad de actuaciones en el proceso penal*. Madrid, 1958. Separata del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T.XI, Fascículo III, pág. 76, quien los considera ele-

sales en una noción ambivalente: como presupuestos del acto procesal, por un lado¹⁹⁰; y, por otro —de la mano de GOLDSCHMIDT¹⁹¹— como presupuestos de la sentencia de fondo.

Algunos autores, como p. ej. COUTURE¹⁹², han tratado de clarificar la materia distinguiendo entre presupuestos procesales de la acción, presupuestos procesales de la pretensión, presupuestos procesales del proceso y presupuestos de una sentencia favorable. El problema es de difícil solución sin un previo acuerdo terminológico. Y éste no es posible sin determinar el elemento respecto al cual se consideran presupuestos.

La consideración de los presupuestos procesales como presupuestos del proceso mismo, de su existencia —tal como los entendía BÜLOW—, no parece que pueda compaginarse fácilmente con que puedan ser objeto de examen y resolución en el proceso, pues ello presupone la existencia del mismo¹⁹³. Desde

mentos causales constitutivos del poder jurídico cuya ausencia determina la inexistencia de poder.

190. Así CARNELUTTI, F. *Instituciones del nuevo proceso...* cit. pág. 305, p. ej., define los presupuestos procesales de un acto como *otro acto u otro hecho cronológicamente anterior en cuanto constituye un requisito de su validez*. Sin embargo, a la hora de identificar cuáles sean esos presupuestos, trata de distinguirlos de lo que denomina *hechos constitutivos* (como la demanda) y los *requisitos del acto* (como la competencia del juez o la legitimación de las partes).

191. Cfr. *Derecho procesal civil*. cit. pág. 9.

192. *Fundamentos...* cit. pág. 104.

193. Cfr. ENCISO, “Acción y personalidad” en *Rev. de der. Priv.*, 1936. pág. 129, cit. por SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación” en *Rev. Justicia*, 1987. Núm. III. Pág. 300, que se adhiere a esta postura. Cfr. igualmente MONTERO AROCA, J. “Presupuestos procesales...” cit.

la perspectiva de las categorías de ineficacia tradicionales, la consideración de estas circunstancias como presupuestos de validez entraña consecuencias muy drásticas, pues no olvidemos que lo que es nulo —desde esa posición doctrinal— no puede producir efectos¹⁹⁴.

Por ello, desde ROSEMBERG Y GOLDSCHMIDT, se los concibió como presupuestos de la sentencia de fondo, entendiéndose que *no condicionan la existencia del proceso, sino la existencia en éste de una sentencia sobre el fondo*¹⁹⁵. Entendiéndose, en consecuencia, que su ausencia en un determinado proceso debe dar lugar a una sentencia absolutoria de la instancia. Se llega así, a través de los presupuestos procesales, a consecuencias similares a las que BÜLOW trató de evitar cuando rechazó la categoría de las excepciones procesales¹⁹⁶.

En esa concepción está presente, a mi juicio, una confusión de categorías. El que los presupuestos procesales sean presupuesto de la validez del proceso no quiere decir que su ausencia provoque la inexistencia del proceso o que éste no produzca

pág. 245 y GIMENO SENDRA, V. *Introducción...* ob. col. cit. Págs. 229-230.

194. Cfr. CALVO SÁNCHEZ, C. “Comentario de un acta...” cit., pág. 88. Desde este punto de vista se entiende perfectamente la afirmación de SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Precisiones...” cit. pág. 300, de que tras la reforma del 84, al reducirse a un valor meramente testimonial el mayor cuantía, —y con él las excepciones dilatorias—, debería *eliminarse el concepto mismo de presupuesto procesal*.

195. Cfr. MONTERO AROCA, J. “Presupuestos procesales...” cit. pág. 254.

196. Cfr. VON BÜLOW, O. *Las excepciones procesales...* cit. pág. 262. *¿Quién ha de prescribir* —comentaba el autor cit.— *que un medio de dudosa aptitud se ponga en práctica al acaso para comprobar así su inutilidad?*

efecto alguno. A esa conclusión sólo puede llegarse desde la confusión entre validez y eficacia, como ya hemos puesto de relieve más arriba.

Un proceso que merece la valoración de nulo es un proceso que existe, y que puede haber producido efectos incluso fuera del proceso mismo (v. gr. la anotación preventiva de la demanda). Y, precisamente, es dentro de ese proceso donde ordinariamente se va a resolver sobre su nulidad: no hay ninguna contradicción en ello.

Tomando pie de las consideraciones precedentes me permito apuntar algunas posibles soluciones a los problemas planteados. Con respecto a qué debe entenderse por presupuesto procesal la solución podría encontrarse atendiendo a la relación que existe entre el proceso y la función jurisdiccional. Podría entonces considerarse que los presupuestos procesales son las *condiciones* mínimas exigidas para que se ejercite la potestad jurisdiccional¹⁹⁷. Noción que es perfectamente compatible con la de la generalidad de la doctrina.

Respecto a cuáles sean esas condiciones consideramos necesario distinguir entre los presupuestos de *existencia* y los presupuestos de *validez*. Tomando el concepto de existencia más arriba expuesto, deben considerarse como presupuestos de existencia de un proceso aquellas condiciones sobre las que se asienta la *apariencia* de que se está realizando. Siguiendo a CHIOVENDA y COUTURE¹⁹⁸, tales condiciones pueden reducirse

197. Cfr. ALSINA, H. “Las nulidades... “ cit., pág. 83. Más extensamente PEDRAZ PENALVA, E.”De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano” en *Constitución, jurisdicción y proceso*. Ed. Akal. Madrid, 1990. *Passim*. Vid. concretamente pág. 43, n.3.

198. CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit., T.I, pág. 70 y T.III, pág. 31 y COUTURE, E. *Fundamentos...* cit. pág. 104. Aun con terminología dife-

a dos: la existencia de un órgano jurisdiccional¹⁹⁹ y la existencia de una *solicitud de tutela jurisdiccional*.

La ausencia de cualquiera de ellos elimina la *apariencia de juridicidad* y, por tanto, la base sobre la que se apoya la existencia jurídica: si el órgano *no tiene jurisdicción*²⁰⁰, es un particular, o ha emitido una resolución por propia iniciativa, sin que exista previamente una solicitud de tutela²⁰¹, puede sin más prescindirse de sus resoluciones²⁰².

rente, coinciden en la delimitación de los que deben ser considerados como presupuestos en sentido estricto. En la misma línea puede situarse la distinción que realiza ROBLEDA, O. *La nulidad...* cit. págs. 60-64. entre presupuestos en sentido estricto (el juez y las partes), y condiciones de los presupuestos (incompetencia, la falta de capacidad de las partes, etc.). En cierto sentido también puede considerarse en esta línea a GUASP DELGADO, J. *Comentarios...* cit., T. I. pág. 684, quien pone de manifiesto que, considerando el proceso *como un todo (...) el único presupuesto necesario para que exista un proceso es la interposición de una pretensión*.

199. Con respecto a esto GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho procesal...* cit. T.I pag. 62, dirá que *Procesalmente considerada, la jurisdicción es un presupuesto del proceso, y el primero de todos*.

200. Nos referimos aquí al hecho de tener atribuida jurisdicción. Pues, evidentemente el ejercicio de la función jurisdiccional tiene unos límites que pueden determinar la *falta de jurisdicción* que, sin embargo, no elimina la apariencia de juridicidad. Vid. *infra*, *** págs. y ss.

201. En el proceso penal se ha discutido que sea necesaria la existencia de lo que hemos denominado genéricamente *solicitud de tutela*. Pero, a parte de la necesidad de querrela en los delitos privados, la actividad de oficio del juez queda restringida en todo caso a la fase de instrucción. En la fase del juicio oral siempre será necesaria la existencia de una acusación. Cfr. FENECH, M. *El proceso penal* cit., 1978. Págs. 316 y ss. GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal*. Ed. Forum. Oviedo, 1991. Págs. 126-127. En este sentido, LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Introducción...* cit. pág. 152,

Consideración distinta merecen otras circunstancias como la competencia del órgano jurisdiccional o la capacidad de las partes, las cuales, al no eliminar la *apariencia de juridicidad* del proceso, no deben ser considerados como presupuestos de *existencia* sino, en todo caso, como presupuestos de *validez*. Pero su determinación sólo puede hacerse desde la regulación legal pues, como ya hemos puesto de manifiesto, la nulidad tiene un origen normativo inequívoco. Es decir, una vez introducidos en el terreno de la apariencia, la determinación de lo que deban considerarse presupuestos de validez, no puede hacerse sin referencia a la regulación concreta de cada ordenamiento²⁰³; en nuestro caso a lo establecido en la LOPJ y en las leyes procesales de cada orden jurisdiccional.

sostiene que *el objeto, en el proceso penal, presenta singularidades que, no obstante (...) no desvirtúan su identidad ontológica para ambos procesos; son, pues, más bien peculiaridades funcionales.*

202. CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit., T.I, pág. 70 y T.III, pág. 31.

203. Así, por lo que respecta a la jurisdicción, la existencia de fueros especiales puede sustraer de la competencia de un órgano jurisdiccional el conocimiento de un asunto que genéricamente le viene atribuido por las normas de determinación de la competencia objetiva; o bien puede supeditar su jurisdicción —o mejor, el ejercicio de la misma— a la autorización de una Cámara Legislativa (cfr. Art.71 de la CE; art. 750 de la LECrim.; L. 9.2.1912; arts. 10-14 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10.2.82 y 21-22 del Reglamento del Senado de 26.5.82. Cfr. tb. la LO 3/85, de 29 de mayo). Igualmente, la existencia de un convenio arbitral puede eliminar la jurisdicción de los tribunales para conocer del asunto sometido al arbitraje (cfr. STS. de 22 de noviembre de 1990 R. 9016). Debe analizarse tb. la influencia que puedan tener las irregularidades en la investidura del titular del órgano, así como la ausencia de las condiciones que le permitan ejercer su función libremente o que hagan peligrar su imparcialidad. Hay

En síntesis puede decirse que la infracción que hace a una relación procesal susceptible de ser valorada como nula *no impide la existencia actual de esa relación, con tal de que existan un órgano jurisdiccional y una demanda a él dirigida*²⁰⁴. Y no es, en consecuencia, contradictorio que en el propio proceso se analice su posible ausencia.

Lo que sí es contradictorio es que se resuelva sobre la nulidad en la sentencia, pues la sentencia es esencialmente un acto decisorio en el que no debe haber lugar para un enjuiciamiento sobre el proceso mismo. En la medida en que un presupuesto sea considerado por la norma como *presupuesto de validez*, debe ser excluido de la sentencia. No es razonable que el legislador permita al juez valorar la nulidad de los actos anteriores, precisamente en ese momento del proceso, convirtiéndolo en inútil. Así sucede, por ejemplo, cuando se permite que un

otras circunstancias que igualmente podrían ser tenidas en cuenta por el legislador, a la hora de configurar la actuación válida del órgano jurisdiccional, como son el tener atribuido el asunto en virtud de reparto cuando ello sea necesario, o el respeto a las normas de constitución y funcionamiento de los órganos colegiados. Por lo que respecta a la *solicitud de tutela*, son muy diversos los hechos que pueden ser tenidos en consideración: la propia existencia de la parte (p. ej. la demanda presentada en nombre de una quiebra no declarada o de una sociedad no constituida); la inexistencia de poder (demanda presentada por un *falsus procurator*). Igualmente podrían tomarse en cuenta la falta de litisconsorcio pasivo necesario; o la legitimación, al menos en los casos de *legitimación cerrada* —es decir, cuando sólo determinados sujetos están facultados para solicitarla— cfr. CARNELUTTI, F. *Instituciones...* cit. pág. 270 y GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil* cit., 1992. Págs.54-56; o la exigencia de determinados requisitos de fondo o de forma de esa solicitud, etc.

204. CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit., T.III, pág. 31.

juez pueda dictar una sentencia declarándose incompetente²⁰⁵. Al menos así debería ser en buena lógica: si el proceso se concibe como instrumento para el enjuiciamiento, no es lógico que el enjuiciamiento verse sobre el proceso²⁰⁶. Por otro lado, la

205. Que constituye, entre otras cosas, un desconocimiento de lo establecido en el art. 245 LOPJ. Se trata, además, de una incoherencia: una sentencia no puede en buena lógica ser dictada por un órgano incompetente. De modo similar podría argumentarse respecto de los defectos en el modo de proponer la demanda o los defectos de capacidad procesal. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*. Ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, 1964. Pág. 339. Cfr. STC 22/85 de 15 de febrero, que, aunque referida al proceso contencioso administrativo, puede sin duda aplicarse al ordenamiento procesal en general. En nuestra doctrina hace años que se ha apuntado como más coherente la solución de utilizar el auto, incluso en el proceso penal: Cfr. SÁEZ JIMÉNEZ, J.- LÓPEZ DE GAMBOA, E. *Compendio de derecho procesal civil y penal*. Ed. Santillana. 1969. T.IV vol.II págs. 387-398 y 513-528; Cfr. también LÓPEZ BLANCO, H.F. *Instituciones de Derecho Procesal Civil colombiano*. Ed. Temis. Bogotá, 1979. Págs. 563 y ss.

206. Salvo, claro está, que sea el proceso el objeto que se somete al enjuiciamiento del órgano, como sucede v.gr. en el recurso de casación por quebrantamiento de forma. Cfr. CALAMANDREI, P. *La Casación civil* cit., T.II pág. 257 y ss., donde pone de manifiesto la distinta posición del juez respecto del ordenamiento procesal y material. En este sentido dirá ALLORIO, E. “Processo e diritto...” cit. págs. 125-126 que *l'esame e la decisione in torno ad esse* (se refiere a las normas procesales) *non può mai costituire oggetto autonomo dell'accertamento giudiziale, ma forma, o la premessa, o l'impedimento, a che, all'accertamento giudiziale vero e proprio*; Vid. los comentarios a esta idea que hace RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso* cit. pág. 84. Cfr. tb. MARTÍN OSTOS, J. “De las cuestiones de competencia” en *Comentarios a la reforma...* (ob. col. cit.) pág. 136, quien, comentando el art. 74 de la LEC, se manifiesta partidario de entender

jurisprudencia ha puesto de manifiesto que ante la no concurrencia de presupuestos procesales lo que debe producirse es la nulidad de actuaciones, confirmando así lo que sostenemos²⁰⁷.

La opción que el legislador haga, llevará consigo, entre otras cosas, una mayor o menor restricción de la posibilidad de dictar sentencias absolutorias de la instancia, denunciadas por la doctrina como dudosamente legales y de deseable desaparición²⁰⁸.

La peculiaridad de los actos procesales

Más arriba hacíamos referencia a que el punto de partida de las construcciones iusprivatistas de ineficacia es el acto jurídico y su estructura normal. La definición de los elementos que componen la estructura del acto ha dado lugar a múltiples teorías, sobre todo desde el siglo XIX, ante la necesidad de distinguir entre actos y negocios jurídicos²⁰⁹.

Se entiende comúnmente por acto jurídico todo acto de la voluntad humana que produce efectos jurídicos. Y, en la medida en que la manifestación al exterior del acto es una condición de su juridicidad —pues los actos puramente internos quedan

que la facultad-deber de abstención no queda restringida al momento de presentación de la demanda.

207. Cfr. el análisis de esta doctrina jurisprudencial que con gran claridad expone MONTERO AROCA, J. “Presupuestos procesales y nulidad...” cit. pág. 252; si bien, a pesar de todo, no modifica su punto de partida.

208. Vid. ALMAGRO NOSETE, J. “El proceso declarativo ordinario” en *Jornadas sobre la reforma del proceso penal*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990. Pág 104; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil* cit., 1990. T.I. Pág 250; LÓPEZ BLANCO, H.F. *Instituciones...* cit. págs. 563 y ss.

209. Vid. al respecto DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. págs. 22 y ss.

fuera de la regulación jurídica—, se considera que la forma, junto con la voluntad constituyen dos elementos esenciales del acto jurídico. Ahora bien, es necesaria además la consideración del resultado social que se pretenda conseguir que es lo que, dicho de modo sintético, entiende la doctrina por causa²¹⁰. Sobre la necesidad de que concurren estos tres elementos se ha diseñado el sistema de ineficacia del derecho privado.

Es indudable que los distintos actos que integran el proceso son actos jurídicos, pues se trata de actos provenientes de la voluntad humana y de su realización se derivan consecuencias y efectos jurídicos²¹¹. Ahora bien, si tratamos de trasladar las construcciones iusprivatistas sobre los elementos del acto jurídico al proceso, nos encontramos con tal cantidad de dificultades que algún autor se ha planteado si merece la pena construir una doctrina de los actos procesales sobre la base de los actos jurídicos privados, cuando se comprueba que ello no ayuda a comprender la realidad del proceso²¹².

Efectivamente cabe preguntarse, p. ej., si es posible identificar una *causa* para cada acto procesal o si, por el contrario, no es más correcto reconocer que coincide con la causa del proceso, con *ese interés o necesidad de tutela jurídica* requerido para el proceso como totalidad y para cada acto en la medida en que *forma parte del contenido del proceso mismo*²¹³.

210. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio...* cit. pág. 56.

211. Cfr. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit., pág. 116. BERIZONCE, R.O. *La nulidad en el proceso*. Ed. Platense. La plata, 1967. pág. 41, hace notar que no existe una diferencia ontológica entre acto jurídico y acto procesal, por lo que su *estructura interna* sería igual.

212. Cfr. SATTA, S. *Diritto processuale civile*. Ed. CEDAM. Padova, 1981. Pág. 203.

213. PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. 1982. T.I, pág. 554. GUASP, J. “Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos proce-

De la misma manera, es posible plantearse en que medida la voluntad en los actos procesales es susceptible de una consideración singularizada respecto de esa *voluntad de tutela*, cuyos efectos sólo al final podrán, o no, conseguirse²¹⁴. E incluso, si es realmente posible un tratamiento homogéneo de la voluntad respecto de todos los actos procesales sin distinción, cuando es patente la diferencia entre los actos de las partes y del juez; y, dentro de estos últimos, entre los decisorios y los de tramitación²¹⁵. Abundando en lo mismo SATTÀ ha puesto de manifiesto que mientras en los actos jurídico privados es posible la distinción entre el acto y la relación sustancial que de él nace, esa diferenciación no es posible en los actos procesales que se identifican con el proceso²¹⁶.

Algunos autores han intentado resolver el problema considerando válida la estructura iusprivatista pero someténdola a diversas adaptaciones²¹⁷. Otros, por el contrario, han puesto de manifiesto la necesidad de buscar una definición distinta de la estructura del acto jurídico. Esa reelaboración ha sido facilitada por la influencia creciente de las tesis iuspublicistas²¹⁸.

sales” en *Rev. de Derecho Procesal* 1948. Núm. 3. págs. 423 y ss. trata de diferenciar el interés jurídico del de actividad (pág. 428) concibiendo a ambos como requisitos del acto sometidos al control del juez. Es clara la complejidad que se derivaría de la aplicación de tal construcción.

214. Cfr. SATTÀ, S. *Diritto processuale civile*. cit. Pág. 204.

215. Id. op. y loc. cit.

216. Cfr. Id., pág. 203.

217. Cfr. CARNELUTTI, F. *Instituciones...* cit., pág. 273. BERIZONCE, R.O. *La nulidad...* cit., pág. 41, aunque más adelante (pág. 67), se inclina por crear la teoría de la ineficacia desde el ordenamiento procesal. Entre la doctrina moderna SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El incidente...” cit., págs. 46 y ss.

218. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 35.

El esfuerzo de la doctrina es meritorio. Pero, como trataré de poner de manifiesto, partiendo del acto procesal y de sus elementos no es posible tomar en consideración la relación esencial que existe entre acto y proceso, ni el peculiar sistema de eficacia que se da en él.

– VOLUNTAD Y FORMA EN LOS ACTOS PROCESALES

En el ámbito procesal la voluntad es un presupuesto ineludible²¹⁹, pero es una voluntad dirigida a obtener una actuación judicial, una tutela. Sin embargo, ni el poder de actuación del juez, ni el modo de producirse ésta tienen su fundamento en la voluntad de las partes.

Es más, los efectos jurídicos de los actos procesales no jurisdiccionales no se producen por sí mismos a través de la voluntad declarada, sino que dependen de la idoneidad del acto para lograr el efecto de hecho que se propone; su valoración ha de referirse a su idoneidad: hay que examinar si son admisibles y si son fundados. Y ese examen es realizado por el juez, cuya resolución incorpora el acto al proceso y le otorga el efecto correspondiente²²⁰.

219. Cfr. PODETTI, J.R. *derecho procesal civil, comercial y laboral*. Ed. EDIAR. Buenos Aires, 1955. T.II, pág. 197; GELSI BIDART, A. “Indicaciones sobre el elemento voluntario en el acto procesal” en *Estudios procesales en memoria de Eduardo J. Couture*, Madrid, s/f. Separata de los números publicados por la Revista de Derecho Procesal durante el año 1957. Págs.132 -133 y MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal* (Ob. col.) cit., 1990. T.I. Pág 361.

220. Cfr. GOLDSCHMIDT, J. *Principios...* cit. T.I. pág. 114; GIMENO GÁMARA, R. “El incidente de nulidad de actuaciones” en *Rev. de Derecho Procesal* 1949, núm. 1, págs. 513; SATTA, S. *Diritto processuale civile*. cit. pág. 204. En el mismo sentido MARTÍN DE LA

No es posible excluir totalmente del derecho procesal la consideración de la voluntad como requisito respecto a aquellos actos de parte que de una u otra manera vinculan al juez en su actuación, como son, p.ej, la renuncia, el desistimiento, y la transacción²²¹. Sin embargo, la doctrina civil de los vicios de la

LEONA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Ed. Cóllex. Madrid, 1991. Pág. 34.

221. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 230 que les atribuye un carácter mixto *publico y privado*. De entre ellos, sólo la transacción ofrece dificultades especiales en este sentido, pues los demás no son sino manifestaciones del principio dispositivo que rige en el proceso civil. Lo mismo cabría decir del pacto de sumisión expresa en el proceso civil, que en absoluto priva de competencia al juez y debe ser hecho valer por el demandado. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho procesal civil* cit. 1976. T.I, págs. 179-180. Su incorporación al proceso los convierte en actos netamente procesales, sometidos a las reglas del derecho procesal, y sus efectos son producidos en virtud de la previsión legal y sometidos en todo caso al control del juez. Cfr. entre otros ROSEMBERG, L. *Tratado de derecho procesal*. Trad de Ángela Romera. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1955. T.I. Pág. 363; ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional*. (ob. col. cit.) 1989. T.I. págs. 542-543; MARTÍN DE LA LEONA, J.M. *La nulidad...* cit. págs. 33-34 y autores allí cit. No faltan quienes, reconociendo los efectos procesales de estos actos, niegan su naturaleza procesal. Cfr. SATTA, S. *Diritto processuale civile*. cit. pág. 205. Sea cual sea la naturaleza que se atribuya a los mismos, no hay que olvidar que es el ordenamiento procesal el que, de modo excepcional, permite que se tome en cuenta la voluntad de esa manera. Tratándose de una excepción, puede decirse que confirma lo que, con relación al ordenamiento procesal en general, venimos sosteniendo. Cabría considerar también aquí la *conformidad* en el proceso penal. La nueva regulación de la misma en el procedimiento abreviado por la L.O. 7/88 de 28 de diciembre (art. 791.3 de la LECrim), añade un nuevo y polémico matiz convencional que permitiría incluirla dentro de estos pretendidos actos de carácter mixto (negocial). Vid. al respecto ALMAGRO NOSETE, J. *El*

voluntad, no debe tratar de aplicarse a cada acto procesal pues no crearía más que problemas²²².

Pueden existir vicios de la voluntad que, por su especial trascendencia, deban ser tomados en consideración por el ordenamiento. No obstante, parece razonable —dada la estructura del proceso, su carácter público, la intervención del juez, etc.— limitar tales supuestos a los derivados de acciones dolosas que hayan provocado una actuación del juez o de las partes contrarias a su voluntad. Esa toma en consideración se permite en nuestro ordenamiento a través del *recurso* de revisión, pero al margen de la categoría de la nulidad que estamos estudiando²²³.

Esta consideración selectiva de la voluntad, característica del proceso, hace que la forma adquiera una importancia fun-

nuevo proceso penal.(Ob. col.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. Pág. 150 y ss. y FAIRÉN GUILLÉN, V. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional.* Ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, 1992, págs. 79 y ss.

222. Cfr. GELSI VIDART, A. “Indicaciones...” cit., *passim* y PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* 1982. T.I. pág. 553. quien pone también de manifiesto el régimen peculiar de la transacción y de la confesión.

223. Vid. al respecto lo que exponemos en la tercera parte (págs. 367 y ss.) en torno al proceso de revisión. La introducción del elemento voluntario en la nulidad provoca una grave inseguridad jurídica y oscurece la categoría. Un ejemplo de ello son las argumentaciones de BERIZONCE, R.O. *La nulidad...* cit., págs. 22 y ss, que distingue entre vicios intrínsecos o extrínsecos de los actos, según deriven de los requisitos de fondo del acto (libertad, discernimiento e intención) o de los requisitos externos (forma, tiempo y lugar), aunque sostiene la autonomía de la acción que se deriva de los últimos (pág. 133); y PALACIO, L. E. “Nulidad de sentencia firme por vicios extraformales” en *Rev. Argentina de Derecho Procesal* 1971. Núm. 1, enero- marzo. Págs. 59 y ss. *passim*. A diferencia del anterior considera que se trata de una acción de nulidad ejercitada dentro del proceso y posible incluso después de la firmeza de la sentencia (pág. 66).

damental, pues lo que se regulan son las actuaciones de los distintos sujetos procesales²²⁴ y, más aún, el modo en que estas actuaciones deben producirse. Así MORENO CATENA nos dirá que *si bien todos los actos procesales son voluntarios, producto de una manifestación de voluntad, en realidad la consecuencia procesal es totalmente independiente de ésta. La ley procesal para nada se ocupa de la formación o manifestación de la voluntad, ni configura o regula más elemento que la forma del acto*²²⁵.

Y ello es explicable en la medida en que, como dice REDENTI, *todas las formas genérica o específicamente prescritas, tienden efectivamente a poner fuera de cuestión, por signos inequívocos exteriores, la existencia o el concurso de este requisito (la voluntad). (...) Parece pues que el requisito de voluntariedad esté normalmente absorbido en los requisitos de forma y no pueda ya ser objeto de una investigación separada acerca de su existencia. El hacer de él un elemento constitutivo distinto de los demás, no tiene más que una importancia meramente teórica en relación a la “ratio formae”*²²⁶. Por otra parte, es preciso admitir que la intervención del procurador con el apoderamiento correspondiente, y del abogado como director de la litis, transforman la voluntad en un dato remoto, de influencia práctica escasa en la mayoría de los casos²²⁷.

224. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho procesal civil*. cit., 1990. T.I. pág. 361.

225. *Derecho Procesal* (Ob. col.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988. T.I, vol.I. Pág. 194.

226. REDENTI, E. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1957. T.I, p. 190.

227. Cfr. GELSI BIDART, A. “Indicaciones...” cit, pág. 137. Como veremos más adelante, las dificultades que podrían presentarse en algún supuesto (p. ej. el supuesto de que las diligencias se entiendan, desde el inicio

La comprobación de la trascendencia que la forma tiene en el ordenamiento procesal puede muy fácilmente llevar a la conclusión —errónea— de que se trata de un ordenamiento puramente formal. Tal catalogación se ha tratado de evitar distinguiendo entre presupuestos y requisitos, intentando establecer cuales sean los elementos constitutivos y esenciales de los mismos²²⁸, pero lo cierto es que es difícil de excluir si se aplican las construcciones iusprivatistas al acto procesal²²⁹.

— LA ADECUACIÓN A LA NORMA

Si la inadecuación a la norma es la causa genérica de nulidad, hay que determinar cuál es la norma con la que hay que comparar el acto para comprobar si la infracción se ha producido.

Como ya hemos visto, ante la incompleta y singularizada regulación de la ineficacia en las leyes procesales, trató de fundamentarse su aplicación a supuestos no tipificados acudiendo al art. 6.3 del C.C. La discusión perdió intensidad al encontrar-

del proceso, con un incapaz, etc.), pueden resolverse satisfactoriamente desde la protección de los principios procesales —objeto propio de la nulidad—, sin necesidad de acudir a la teoría de los *vicios de la voluntad*.

228. Cfr. FENECH, M. *El proceso penal* Ed. Labor. Madrid, 1952. T.I, págs. 597 y ss. En el mismo sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El incidente... cit. pág. 47 y ss.

229. Al respecto nos dirá SATTÀ, S. *Diritto processuale civile*. cit. pág. 207, que *precisato il concetto di atto processuale nel modo che ora si è visto, il regolamento di esso non può avere come oggetto che la sua forma. Un regolamento secondo la causa o secondo la volontà non ha ragione d'essere, perchè o queste sono come è in generale, irrilevante, o se sono eccezionalmente rilevanti, il regolamento non può essere diverso da quello degli altri atti giuridici*.

se la posibilidad de fundamentarla en los artículos iniciales de nuestras leyes de enjuiciamiento²³⁰.

Esa solución, a pesar de todo, nos acerca peligrosamente al formalismo en la medida en que consideremos los actos procesales como punto de partida. Pues, si lo que tomamos como objeto de comparación con la norma es el acto procesal, inevitablemente deberemos limitar nuestro juicio sobre su adecuación o no, a la regulación concreta del acto. Y ésta, necesariamente, es formal²³¹.

Con ello se obtiene, en mi opinión, una visión distorsionada de la regulación procesal. En primer lugar porque los actos procesales no son susceptibles de una consideración homogénea: la adecuación o inadecuación a la norma de los actos del órgano jurisdiccional no es equiparable a la de los actos de parte. En segundo lugar, porque no tienen cabida los principios como criterio interpretativo, pues la única referencia posible es la correspondencia entre la norma y el acto, o sus elementos esenciales: pero ¿son elementos del acto los principios procesales?. ¿Cómo, desde las construcciones iusprivatistas, pueden encajarse los principios que rigen el proceso entre los elementos de un acto? Además es necesario considerar que el propio proceso tiene unos requisitos para su constitución regular que, como ya puso de manifiesto CHIOVENDA²³², deben ser estudiados con

230. Cfr. p. ej. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 459.

231. Vid. *supra*, nota 227. Para evitarlo p.ej. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El incidente...” cit., pág. 46, distingue entre incumplimiento esencial y accidental.

232. CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit., T.III, págs. 31 y ss., hace un tratamiento diferenciado de la nulidad proveniente de la ausencia de estos presupuestos y la nulidad proveniente de la inobservancia de las formas de los actos. FAIRÉN GUILLÉN, V. *Doctrina general del derecho procesal*. Ed. L. Bosch. Barcelona, 1990. Pág. 335, por el contrario, consi-

independencia de los de los actos. En este sentido se observa una evolución en la doctrina tendente a potenciar el aspecto procesal sobre el procedimental, apartándose del estudio aislado de los actos como elementos autónomos, pasando a considerarlos como elementos del proceso²³³.

De modo significativo SATTÀ ha puesto de manifiesto que la disciplina del acto es todo el proceso y no sólo las normas que regulan al acto singular: *Il modello di un atto, di ogni singolo atto, è in tutta la disciplina del processo*²³⁴; lo cual supone abandonar la consideración de la nulidad desde el acto procesal para hacerlo desde el proceso mismo. Esta perspectiva permite tomar en consideración esos otros elementos que lógicamente deben quedar protegidos por el ordenamiento procesal. No se excluye la posibilidad de que un acto sea nulo en sí mismo considerado, sino que se amplían las posibilidades de integración de esa nulidad dentro del proceso.

– EL PECULIAR SISTEMA DE EFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES

Más arriba aludíamos a la necesaria distinción entre validez y eficacia de los actos como modo de acercarnos al funcionamiento real de la nulidad. La eficacia jurídica no es otra cosa que la consecución de efectos por el acto²³⁵ la cual está fundamentada sobre la apariencia de juridicidad que —como queda

dera que, siendo el procedimiento la *forma* externa del proceso, los presupuestos procesales pueden ser entendidos como *presupuestos y requisitos de cada acto procesal que determinen su admisibilidad*.

233. Cfr. FENECH, M. *El proceso penal* cit. AGESA. Madrid, 1982. Pág. 151. La evolución citada puede comprobarse comparando esta obra con *Derecho Procesal Penal* cit. T.I, págs. 597 y ss. del mismo autor.

234. *Diritto processuale civile*. Ed. CEDAM. Padova, 1981. Pág. 244.

235. Cfr. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. pág. 296.

dicho— es lo mínimo que se exige al acto para ser tomado en consideración por el ordenamiento.

Pues bien, por lo que se refiere al ordenamiento procesal, la eficacia de los actos no puede tener un tratamiento homogéneo. Es necesario distinguir entre los actos jurisdiccionales y los demás actos procesales. Los actos del juez son eficaces por sí mismos y, en este sentido, puede decirse que siguen el régimen general de eficacia de los actos jurídicos²³⁶. Sin embargo, los actos de las partes o *intervenientes*, en sentido amplio, sólo son eficaces en la medida en que son incorporados al proceso. Y esa incorporación se produce precisamente a través de una actuación del órgano jurisdiccional²³⁷.

236. La eficacia *condicionada* que puede advertirse, en ocasiones, como consecuencia de los medios de impugnación, no afecta en nada a las consideraciones que estamos haciendo, pues es evidente que una sentencia pendiente de recurso produce efectos procesales.

237. Debe aclararse que, al hablar aquí de eficacia, nos estamos refiriendo a la eficacia *procesal*, ya que un acto no incorporado al proceso puede producir efectos extraprocesales (p. ej. la simple presentación de la demanda puede interrumpir la prescripción). Podría argumentarse, en contra de lo que decimos, que la demanda produce, al menos, un efecto procesal: el de provocar la resolución del órgano sobre su admisión o no. Y así es; pero pienso que no es una sutileza considerar que se trata de un efecto que se produce *en el umbral del proceso (limine litis)*, precisamente en el momento de su constitución, y que, por ello, requiere un tratamiento diferenciado. Con respecto a los demás actos de parte, la observación de este fenómeno puede ser quizás menos clara, pero indudablemente existe. Cada uno de los actos de parte, una vez iniciado el proceso, debe ser incorporado al mismo para producir sus efectos. El acto de parte, de por sí, sólo es susceptible de provocar una resolución sobre su admisión. Los demás efectos procesales que puedan producirse, son siempre consecuencia de la actuación del órgano, incluida la posibilidad de recurrir la propia resolución de inadmisión.

Tal consideración debe ser tenida en cuenta a la hora de analizar las peculiaridades de la nulidad en el proceso, pues siendo la nulidad una categoría cuya finalidad es la eliminación de los efectos, debe aplicarse solamente a los actos jurídicos que puedan producirlos. En consecuencia debemos concluir que, en el ámbito procesal, en sentido estricto, sólo los actos jurisdiccionales son susceptibles de ser considerados nulos²³⁸.

Esta conclusión, que puede parecer excesiva, es, sin embargo, perfectamente comprobable en la propia mecánica del proceso. Las normas procesales, como afirma SERRA, se imponen a las partes y al tribunal, de modo que no es lícito prescindir de ellas²³⁹. Sin embargo, es necesario apreciar que se imponen de distinta forma a unas y a otro. El ordenamiento procesal regula el modo de ejercer la función jurisdiccional de modo absoluto²⁴⁰. De tal manera que, con respecto al órgano jurisdiccional, las normas procesales son de cumplimiento obligatorio, aunque su infracción provoque diferentes consecuencias dependiendo de cuál sea la norma infringida. Respecto de las partes sólo resulta obligatorio en la medida en que pretendan que su actuación sea admitida por el juez²⁴¹.

238. Cfr. GIMENO GÁMARA, R. “El incidente...” cit., pág. 513, pone de manifiesto que los vicios de los actos procesales o se cometen en las resoluciones o se valoran por las mismas.

239. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 459.

240. VON BÜLOW, O. *Las excepciones procesales...* cit. pág. 2, ya puso de manifiesto esta realidad al afirmar que *a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial*.

241. Cfr. GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal civil*. Ed. Labor. Barcelona, 1936. Pág. 8. En este sentido vid. también GUASP, J. *Derecho Procesal Civil*. cit., T.I, pág. 260.

Surge así la necesidad de tomar en consideración otra categoría propia del Derecho Procesal: la admisibilidad. Dicha categoría es la que propiamente conviene a los actos procesales no jurisdiccionales. Los actos inadmitidos son ineficaces, pero no son susceptibles de valoración sobre su validez²⁴². Esto explica que las resoluciones que rechazan un acto, no declaren su nulidad, pues tal pronunciamiento no tendría sentido. Como claramente expone PALACIO, *mientras la inadmisibilidad constituye una calificación exclusivamente atribuible a los actos provenientes de las partes que no han sido objeto de decisión judicial alguna y que, por tanto, carecen de aptitud para producir por sí solos efectos jurídicos sobre el proceso, la nulidad puede configurarse únicamente con relación a los actos procesales que son susceptibles de efectos jurídicos autónomos*²⁴³, que no son otros que los del órgano jurisdiccional.

Es preciso puntualizar, no obstante, que la noción de admisibilidad que aquí se utiliza hace referencia *al cumplimiento de las condiciones de las que depende el examen de su conteni-*

242. Cfr. PALACIO, L. E. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1972. T.IV, pág. 146. Aunque el autor identifica ineficacia y nulidad, sus apreciaciones sobre la inadmisibilidad son concluyentes —al menos en cuanto al Derecho Procesal se refiere— para distinguir una y otra. Existen actos de parte, como todos los de prueba, cuya peculiar eficacia tiene trascendencia a la hora de determinar su régimen de nulidad. Cfr. art. 11.3 de la LOPJ. PÉREZ GORDO, A. “La admisibilidad de los actos procesales” en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1980, núm. 1. Págs. 210 y 215, por su parte, distingue entre admisibilidad y eficacia, aunque no lleva hasta el final la distinción vid. págs. 245 y ss.

243. PALACIO, L.E. *Derecho procesal civil*. cit., pág. 146.

do²⁴⁴. Porque hay un concepto genérico de admisibilidad²⁴⁵ que es aplicable tanto a los actos judiciales como a los de parte.

Lo expuesto no convierte en irrelevante el incumplimiento de las normas procesales por las partes. Simplemente pone de manifiesto que su relevancia está condicionada a su incorporación al proceso. Esta particularidad ya fue puesta de manifiesto por PRIETO CASTRO, al considerar el ámbito de aplicación del suprimido incidente de nulidad de actuaciones. *En último extremo*, —dice el autor citado— *como toda la actividad procesal del juez y de las partes se manifiesta y obtiene su valoración, respectivamente, en las resoluciones ordinarias del procedimiento, se llega también a la conclusión de que la nulidad que se pretenda de tal actividad tan sólo es posible por medio de los recursos citados*²⁴⁶. Por ello, los actos indebidamente admitidos, que sí producen efectos, pueden provocar la nulidad de la resolución que los admitió, y de las sucesivas²⁴⁷.

244. Cfr. GOLDSCHMIDT, J. *Derecho procesal civil* cit. pág. 242, quien la distingue, p. ej., de la legitimidad, y pone el ejemplo del recurso de casación interpuesto fuera del plazo legal que es inadmisibles pero no antijurídico. Por el contrario una demanda admisible puede constituir una estafa punible. Cfr. tb. *Principios...* cit., T.I, pág. 75, del mismo autor.

245. Que podemos definir siguiendo a FENECH, M. *El proceso penal* cit., 1982, pág. 181, como la *particular relación del acto con el ordenamiento jurídico positivo, relación que puede ser de indiferencia, de facultad o de deber*. Cfr. tb. PÉREZ GORDO, A. “La admisibilidad...” cit., pág. 228.

246. PRIETO CASTRO, L. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed. Imprenta Saez. Madrid, 1959. T.II. Págs. 274-275. Aunque, posteriormente —cfr. *Tratado...* cit., 1985, T.II. pág. 632—, tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones por la Novela del 84, manifiesta dudas sobre ello.

247. La contestación a la demanda presentada fuera de plazo, p. ej., no es nula, sino *potencialmente ineficaz*, en la medida en que deberá ser rechazada por el órgano judicial. Sin embargo, si a pesar de su extemporaneidad

Las precisiones anteriores pueden aportar alguna luz sobre la regulación de la nulidad establecida por la LOPJ. En este sentido es bastante significativo que el encabezamiento del apartado en el que se regula sólo hace referencia a la nulidad de los actos judiciales. Mientras que para los actos de parte dispone un principio de subsanabilidad general, que más bien hace referencia a la admisibilidad²⁴⁸. Por otro lado la derogación del incidente de nulidad de actuaciones y la redacción del actual art. 742 de la LEC, así como del art.240 de la LOPJ, pueden servir de apoyo a lo que aquí sostenemos²⁴⁹.

Una vez más nos encontramos con la necesidad de construir la doctrina sobre ineficacia en el derecho procesal en torno al proceso, pues sólo de esta manera obtendremos una explicación satisfactoria y unos criterios de aplicación homogéneos.

es admitida, *puede* provocar la nulidad de la resolución judicial que la admite.

248. Esto resuelve, como veremos, las dificultades que gran parte de la doctrina se ha planteado ante la no inclusión en el art. 238 de la LOPJ de los actos de parte. En este sentido es bastante ilustrativo, p. ej., el art. 193 del CPC portugués, que distingue entre la ineptitud de la demanda y la nulidad del proceso provocada por la misma.

249. El anterior art. 745 de la LEC, en su núm. 1º, hacía referencia como incidente previo y suspensivo al que se refiriera a la nulidad de “actuaciones” o de alguna “providencia”. El actual art. 742 del mismo cuerpo legal dice: *Será inadmisibile el incidente de nulidad de “resoluciones judiciales”*. Y por su parte el art. 240 que *la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma(...) se harán valer por medio de los recursos establecidos por la Ley contra la “resolución” de que se trate o por los demás medios establecidos por las leyes procesales*. Sobre el intento de reinstauración de este “incidente” en la L.O.16/94 de 8 de noviembre, vid. *infra*, pág. 252.

La sentencia como acto procesal tiene una notable peculiaridad, ya que es la manifestación externa del *juicio* del juez. Hay pues, en la sentencia, un contenido que escapa a la regulación del derecho procesal, e incluso, parcialmente, a la del derecho material²⁵⁰. Las normas procesales regulan la actividad del juez en dos vertientes: la procesal y la decisoria, otorgando distintos medios de protección a cada una. Pero, así como el modo de proceder está regulado directamente, es sólo a través de él y, por tanto, de modo indirecto²⁵¹, como se regula la actividad decisoria²⁵². Regulación esta última, que se limita al establecimiento de las condiciones que se consideran idóneas para la corrección de esa decisión sea *posible*²⁵³ y de los límites dentro de los cuales debe producirse²⁵⁴, pero no aportan criterios para

250. En la medida en que el juicio del juez no es exclusivamente aplicación de la Ley. Intervienen en él reglas lógicas y circunstancias complejas no reducibles a la lógica, como son las que determinan la “convicción” del juez. Cfr. CALAMANDREI, P. *La casación civil*. Ed. Bibliográfica Argentina. 1945. T.II, págs. 183 y ss. vid. tb. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso*. cit. págs. 163-164.

251. Únicamente cabría considerar regulación directa de la actividad decisoria el sistema de prueba tasada, que en nuestro ordenamiento no existe. Vid. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil*. Ed. Forum. Oviedo, 1990. T.I, págs. 143-144.

252. Cfr. CALAMANDREI, P. *Opere Giuridiche*. Ed. Morano. Nápoli, 1970. T.IV. p. 184. En la distinción de estos dos planos (*rapporto processuale* y *rapporto sostanziale*), está la base para comprender correctamente la distinta naturaleza y consecuencias del error *in iudicando* y del error *in procedendo* y su determinante influencia en la nulidad.

253. El sometimiento a las normas procesales hace posible la corrección del juicio, pero no la garantiza totalmente. Vid. *infra*, pag. 331 y ss.

254. Cfr. arts. 359 de la LEC y 851 LECrim. La naturaleza *procesal* de la congruencia, en el proceso civil, era discutida por la jurisprudencia, a

valorarla. Sí establecen, en cambio, medios para corregir el error cuando se produzca²⁵⁵.

Es necesario, en consecuencia, tener en cuenta esta naturaleza especial de la sentencia a la hora de establecer su régimen de validez: ni la injusticia de la sentencia ni la inaplicación de la Ley deben ser tenidas en cuenta como causas de nulidad procesal. Es la *rescindibilidad* la categoría que debe aplicarse a las

causa de que su infracción estaba incluida entre los motivos de casación por infracción de Ley o de doctrina legal. Como ha puesto de manifiesto VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *La casación*. Ed. Ediser. Madrid, 1979. Pág. 76, el criterio seguido por el legislador tomaba en cuenta no la *procesalidad* o *materialidad* de la norma infringida, sino la necesidad o no de reponer el procedimiento al momento en que se cometió la falta. Con la actual regulación de la casación no parece que quepa duda acerca de su naturaleza procesal (Vid. art. 1692.3 LEC). Así en el art. 851 de la LECrim este tipo de infracciones eran y son consideradas como motivos de casación por quebrantamiento de forma.

255. Cfr. JAPIOT, R. *Traité élémentaire...* cit., pág. 31, si bien tal apreciación le lleva a acotar exclusivamente las infracciones formales como campo de aplicación de la nulidad. No obstante, autores tan destacados como CALAMANDREI, P. “Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo” en *Studi sul processo civile* Ed. CEDAM. Padova, 1947. Vol.I, pág. 213 y CONSO, G. *Il concetto...* cit. pág. 91, incluyen los vicios *in iudicando* entre las causas de nulidad. Se apoyan en el contenido homogéneo de la sentencia de casación del ordenamiento italiano que provocaba siempre el reenvío, tanto si era por vicios *in procedendo* como por *vicios in iudicando*. Pero tras la última reforma operada por L. 353/90 de 26 de noviembre (en vigor a partir de junio de 1993), esta identidad de contenido no se da siempre, pues se permite al Tribunal de Casación dictar sentencia sobre el fondo cuando no sean necesarias ulteriores valoraciones sobre los hechos. La extensión de la nulidad a estos defectos no es sino una consecuencia de no tener en cuenta el objeto de protección de la nulidad.

sentencias cuyo contenido sea erróneo. Rescindibilidad que provocará su revocación, pero no una declaración de nulidad²⁵⁶.

En apoyo de lo que sostenemos cabe resaltar que la anulación de una sentencia, cuando la causa está en la sentencia misma, provocará, una reposición de las actuaciones al momento anterior a dictarse²⁵⁷. Por el contrario la revocación de una sentencia por un error en la aplicación de la Ley o en la valoración de los hechos, llevará consigo la emisión de una nueva resolución por el órgano que conoce del recurso²⁵⁸.

Nulidad y cosa juzgada

Una última dificultad con la que la doctrina se enfrenta en la adaptación de las categorías de ineficacia del derecho privado al ordenamiento procesal es el principio de cosa juzgada, con-

256. Cfr. GUASP, J. *Derecho procesal civil*. cit. T.I. Pág. 303. También puede encontrarse apoyo para esta distinción en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal*. (ob. col. cit.), 1992, T.II, págs. 685-686 y 699-670. GOLDSCHMIDT, J. *Principios...* cit., T.I, págs. 73 y 55, en cambio, considera que el error del juez debe producir desde el punto de vista procesal la nulidad o anulabilidad de la resolución.

257. Vid. arts. 901 LECrim, 1715 de la LEC y 212 de la LPL.

258. Este criterio de distinción válido en general, tiene algunas excepciones: puede resultar imposible al órgano del recurso dictar una nueva resolución, y, en consecuencia, ser necesaria la remisión al órgano *a quo*. En esos casos, aunque el efecto es el mismo, la causa de la remisión es esencialmente distinta. Por otra parte, en los supuestos de nulidad de las pruebas de cargo, cuando estas sean las únicas que han basado la convicción del órgano, debe dictarse sentencia absolutoria. Aunque ello es consecuencia de la peculiar eficacia de los actos de prueba que trataremos más adelante.

siderado como una de las instituciones básicas de nuestra disciplina.

Como ya hemos tenido oportunidad de ver, uno de los dogmas de ineficacia que la doctrina civilista mantiene tradicionalmente es la existencia de categorías de ineficacia insanables y de denuncia imprescriptible²⁵⁹.

El mantenimiento, sin más, de este tipo de ineficacia en el proceso no es posible, pues *es inconciliable con las exigencias a las que sirve el proceso*²⁶⁰, y equivaldría en la práctica a la desaparición de la irrevocabilidad de las resoluciones judiciales firmes. Por ello, se ha venido considerando que la cosa juzgada constituye *la causa extrema de subsanación de las nulidades en el proceso*²⁶¹.

No obstante, puesto que se siguen considerando intangibles los dogmas de ineficacia tan repetidamente citados, no existe unanimidad entre la doctrina sobre los *vicios* que deben considerarse subsistentes a la firmeza de la sentencia. Algunos autores consideran que no son subsanables los actos viciados de *inexistencia*²⁶². Otros consideran que los actos *nulos de pleno derecho* tampoco deben considerarse subsanados, con el lógico desconcierto ante la nueva regulación de la LOPJ²⁶³.

259. Cfr. *supra*, págs. 87 y ss.

260. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. “Nulidad de sentencia...” cit. pág. 984.

261. DENTI, V. “Nullità degli atti processuale civili” en *Novissimo Digesto Italiano*. Turín, 1957. T.XI, pág. 469. Coinciden con él, entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El incidente...” cit. pág. 45.

262. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El Incidente...” cit. Págs. 48-49.

263. Cfr. p. ej. MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal* (Ob. col. cit.) T.I, vol.I. págs. 218 y ss.; ORTELLS RAMOS, M. *Derecho jurisdiccional* (Ob. col. cit.) 1991, T.I, pág. 578. En realidad el examen de los

En mi opinión el problema no puede tratar de resolverse desde la especulación dogmática, como si el legislador hubiera de someterse a los límites de una nulidad con existencia propia e independiente del ordenamiento. Existen supuestos que razonablemente deben estar contemplados como causas de nulidad, e incluso subsistir a la firmeza de la sentencia. Pero la constatación de este hecho no es un problema sistemático, sino de política legislativa. Constituirán excepciones a la irrevocabilidad de la sentencia, cuya inclusión en el ordenamiento podrá fundamentarse en la mejor protección de los derechos fundamentales, o del valor de la justicia; pero no en la necesidad de respetar el contenido esencial de unas categorías, que nunca ha existido como tal.

Sólo desde el análisis de la regulación positiva podremos saber en cada momento cuáles son esas infracciones especialmente protegidas; y sólo desde el ordenamiento procesal podremos construir una doctrina homogénea de ineficacia.

3. El proceso con todas las garantías como objeto de protección de la nulidad

La nulidad como técnica de protección y sus consecuencias

Al ir exponiendo las diversas construcciones doctrinales sobre la nulidad, hemos ido apuntando los graves problemas que existen para poder explicar de manera coherente el régimen de ineficacia de los actos procesales. Y hemos puesto de manifiesto, recogiendo las consideraciones de la doctrina, que desde

ejemplos propuestos —algunos de los cuales, pese a estar incluidos en categorías distintas, coinciden— lo que revela es la dificultad de homogeneizar la terminología con unos criterios tan difusos.

las construcciones iusprivatistas no parece posible llegar a una solución adecuada. Y No puede ser de otro modo pues, como dice LIEBMAN, *la disciplina positiva della validità degli atti processuali differisca profondamente tanto da quella degli atti di diritto privato, quanto da quella degli atti amministrativi; essa trova compiutamente le sue regole nel codice di procedura civile e non può essere modificata o integrata col richiamo di norma che riguardano attività di altra natura*²⁶⁴.

Los esfuerzos realizados por la doctrina para elaborar una dogmática propia de nuestra disciplina en tantos ámbitos, no se corresponden con la resistencia a abandonar los dogmas tradicionales de ineficacia. Es sorprendente que el tema de la nulidad permanezca, al menos en el terreno de la dogmática, aislado de los nuevos enfoques del derecho procesal.

Es patente, por ejemplo, el gran trabajo realizado por la doctrina para encontrar lo que podríamos llamar la *identidad científica* de nuestra disciplina. Las múltiples disquisiciones en torno a la naturaleza del proceso, si bien parecen haber perdido gran parte de su actualidad²⁶⁵, han servido para llegar a una

264. LIEBMAN, E.T. *Manuale...* cit., T.I, pág. 232.

265. Con respecto a la naturaleza jurídica del proceso puede observarse una evolución que, partiendo de una concepción iusprivatista del proceso (como contrato o cuasicontrato), llevó a la generalidad de la doctrina, cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 459, fundamentalmente a partir de la obra de BÜLOW ya citada, a encuadrarlo dentro del derecho público: bien como categoría autónoma, bien como categoría especial dentro de las ya existentes. Cfr. COUTURE, E. *Fundamentos...* cit. págs. 124 y ss. y MONTERO AROCA, J. *Introducción al derecho procesal*. Ed. Tecnos. Madrid, 1976. Págs. 182 y ss. Si bien la discusión sobre su autonomía o especialidad dentro del derecho público, parece haber perdido actualidad Cfr. FENECH, M. *Derecho procesal civil*. Ed. AGESA. Madrid, 1980. Pág. 58. Por ello MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional*. (Ob. col cit.)

concepción, prácticamente unánime, del proceso como instrumento ineludible para el ejercicio de la jurisdicción²⁶⁶. El proceso es el modo según el cual, necesariamente, debe ejercerse la función jurisdiccional. Es, por tanto, el marco jurídico dentro del cual se desarrolla la actuación de un Poder Público²⁶⁷.

Si esta manera de concebir el proceso se considera fundamental para abordar el estudio de la disciplina procesal y de sus instituciones, no se entiende bien la razón por la que hay que dejarla de lado al abordar el tratamiento de la nulidad.

Cuando aplicamos la nulidad al proceso podemos optar por una visión procedimentalista —acto por acto— que nos intro-

1989. Pág. 444, pone de manifiesto que la utilidad de encontrar la naturaleza jurídica consiste en hallar una normativa de referencia en caso de que existan lagunas. Utilidad que se pierde en la medida en que se considera una categoría autónoma. En el mismo sentido RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*. cit., 1990. Pág. 328.

266. Cfr. CARNELUTTI, F. *Sistema...* cit., T.I, pág. 57; DEVIS ECHANDÍA, H. *Compendio de derecho Procesal Civil*. Ed. Temis. Bogotá, 1963. Parte general. Pág. 3; CALAMANDREI, P. *Opere Giuridice* cit., T.IV, pág. 185. La instrumentalidad del proceso está bien clara en la doctrina, aunque, dependiendo del punto de vista que se adopte, se ponga en relación al ejercicio de la jurisdicción (Vid. entre otros MONTERO AROCA, J. *Introducción...* cit. págs. 177 y ss; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y Proceso*. Ed. Bosch. Barcelona, 1978. Pág. 37. FENECH, M. *Derecho Procesal Civil* cit., 1980, pág. 58 y *El proceso penal* cit., 1982, pág. 151.; GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso*. Ed Forum. Oviedo, 1990 pág. 171), o en relación con la satisfacción jurídica (V. gr. COUTURE, E. *Fundamentos...* cit. pág. 145 y ss.; GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal* (Ob. col cit.), 1988. T.I, vol.I. Pág. 184.

267. Cfr. GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil* cit. Pag. 1; GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso*. cit., 1990, pág. 171; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*. cit., 1986, pág. 57.

duciría de nuevo en los eternos problemas de la categoría (existencia de la voluntad, tipo de voluntad suficiente, criterios de esencialidad de los requisitos de los actos); o bien, podemos considerar el proceso como una unidad²⁶⁸. Desde esta última perspectiva entiendo que estaremos en mejores condiciones de explicar el peculiar sistema de eficacia y subsanación que se da en el proceso, así como la influencia de los principios procesales en la validez, etc.; en definitiva, de establecer cuál es el fin perseguido con la regulación de la nulidad en el ordenamiento procesal. Pero esta perspectiva sólo es posible obtenerla abandonando las categorías tradicionales de ineficacia. Porque desde la perspectiva tradicional, en la que la nulidad es considerada como vicio del acto, junto a la correspondiente idealización de la nulidad —con la inacabable búsqueda de los elementos esenciales, etc., a la que ya hemos hecho referencia—, se hace sumamente costoso explicar los motivos por los que elementos externos al acto pueden ser causa de nulidad del mismo. La nulidad aparece como una categoría intransitiva, que se agota en el acto y se impone al legislador, convirtiéndose fácilmente en una fuente de perturbaciones, muchas veces inútiles.

Aun a riesgo de ser reiterativo, considero útil, de cara a la comprensión de este epígrafe, recordar que la nulidad hay que entenderla desde el funcionamiento peculiar del ordenamiento jurídico. La actuación conforme a derecho crea unas expectativas de protección²⁶⁹ y precisamente la esencia de la nulidad, o, mejor dicho, la razón de su existencia en el ordenamiento, es la eliminación de los efectos que un acto haya producido o pueda producir. Es decir, la privación de protección a ese acto por entenderse que no es merecedor de ella. También hemos hecho referencia más arriba a que el análisis del fenómeno de la nuli-

268. Vid. SATTA, S. *Diritto Processuale civile* cit. pág. 203.

269. Vid. *supra* págs. 51 y ss.

dad no debe llevarnos a considerarla como consecuencia lógica e ineludible de la ausencia de determinados elementos del acto, o de la presencia de determinados vicios en el mismo. Es, por el contrario, una técnica de protección de la legalidad que el legislador puede utilizar con mayor o menor amplitud, dependiendo de los valores jurídicos que intente primar²⁷⁰. Y cuyas condiciones de aplicación, en cuanto a la prescripción, causas que la provocan, etc., no vienen prefijadas, sino que quedan al arbitrio del legislador²⁷¹.

Esa catalogación de la nulidad como técnica de protección del ordenamiento, aplicada al derecho procesal, permite una correcta ubicación de la misma dentro de una visión finalista del proceso, actualmente mayoritaria²⁷². En efecto, considerada

270. Seguridad o justicia, fundamentalmente. Cfr. SANTAMARIA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 174. En el mismo sentido MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA *La nulidad...* cit. pág. 113. Valores que ordinariamente se entienden como contrapuestos, pero que no deberían serlo en la medida en que ambos han sido asumidos por el ordenamiento constitucional.

271. El legislador no está por tanto obligado a recoger las categorías tradicionales de ineficacia. El que no lo haga puede ser cuestionable desde el punto de vista de la oportunidad o utilidad de la regulación, pero no desde el punto de vista dogmático. De ello es consciente la doctrina tradicional, aunque no lo lleve a sus últimas consecuencias. Así, p. ej. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico...* cit. pág. 480, pone de manifiesto que *compete a la Ley determinar su alcance (el de la nulidad) y también se reserva la facultad de sanar el negocio nulo*.

272. Ya presente en autores como CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit., T.I. pág. 54.; y actualmente en casi todos los autores. Vid p. ej. VÉSCOVI, E. *Teoría general del proceso*. Ed. Temis. Bogotá, 1984. Pág. 296. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso*. cit. págs. 43 y ss. Específicamente en materia de nulidad, vid. DE LA PLAZA, M. *Derecho procesal civil...* cit. Vol.I, pág. 466 —que ya hacía referencia a la *oportunidad* como

la nulidad como *técnica de protección*, se traslada el núcleo de la nulidad del acto a la norma. Además, se convierte en una categoría transitiva, perfectamente engarzable en el funcionamiento del proceso²⁷³. Obliga, en definitiva, a un examen sobre cuál sea el objeto de protección²⁷⁴, consiguiendo un criterio de aplicación útil, basado en la propia regulación legal: la finalidad del proceso y su carácter instrumental no pueden ser pérdidas de vista al abordar el estudio de la nulidad²⁷⁵.

La delimitación del objeto de protección de la nulidad, dentro del proceso, no puede hacerse sin una referencia a la normativa concreta. No obstante, y puesto que en este capítulo estamos tratando de deslindar conceptos, previamente al estudio de la regulación legal, sí podemos hacer referencia al que debería ser, si se quiere evitar que la nulidad se convierta en una categoría aleatoria y perturbadora. La localización del objeto de protección propio de la nulidad nos va a proporcionar la

fundamento de la nulidad procesal—; DEVIS ECHANDÍA, H. “Nulidad procesal por violación de garantías constitucionales” en *Rev. de Derecho Procesal Ib. y Fil.* 1964, núm. 3. págs. 99-123, *passim*; PALACIO, L. E. *Manual de Derecho Procesal Civil* Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1973. T.I. Págs. 360-361 y, más recientemente, MAURINO, A.L. *Nulidades...* cit. Págs. 40 y ss.

273. Cfr. JAPIOT, R. *Traité élémentaire...* cit. págs. 29 y 31-32.

274. Sin esa referencia al objeto de protección, la consideración de criterios externos, como el de la trascendencia de la infracción en el proceso, difícilmente pueden conseguir una base científica. Vid. KISCH, W. *Elementos de derecho Procesal Civil* Ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, 1932. Págs. 157-158. Lo mismo cabe observar en MAURINO, A.L. *Nulidades...* cit. caps. III y IV, *passim*.

275. Cfr. ALSINA, H. “Las nulidades...” cit. pág. 90; en el mismo sentido PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. 1982, T.I, pág. 585. Cfr. tb. la interesante doctrina de la STS de 2 de marzo de 1990 R. 2321.

clave interpretativa de las normas que regulan la ineficacia en el proceso. Va a hacer posible que nos situemos de nuevo en el plano de la práctica, prescindiendo de todas aquellas construcciones dogmáticas que resulten inútiles: ¿qué es lo que se pretende proteger a través de la nulidad? Eso es lo que verdaderamente interesa de cara a obtener unos criterios homogéneos de aplicación²⁷⁶. Y la respuesta a esa pregunta debe partir, como ya hemos dicho, de una concepción unitaria del proceso²⁷⁷.

Lo que permite afirmar que el proceso es una unidad es su condición de instrumento²⁷⁸. La aceptación de la naturaleza instrumental del proceso²⁷⁹, no menoscaba en absoluto la dignidad de nuestra disciplina sino que, al contrario, pone de manifiesto su absoluta necesidad, y permite apreciar con claridad el carácter científico de su estudio²⁸⁰.

El instrumento está creado para hacer posible la función y por tanto participa plenamente del fin que la función persigue.

276. Actualmente inexistentes. Vid. *supra*, págs. 61 y ss. La nulidad entendida como técnica de protección, instrumental, “utilitaria” si se quiere, nos permite centrar nuestra investigación en la finalidad, liberándonos de los dogmas apriorísticos tradicionales.

277. Cfr. COUTURE, E. *Fundamentos...* cit. pág. 122; CALAMANDREI, P. *Opere Ciuridiche* cit., T.IV, pág. 182.

278. N.B. instrumento de la función jurisdiccional, no del derecho *sustantivo* —también el derecho procesal lo es—. Dentro de esta configuración unitaria en torno a la idea de instrumento puede entenderse el intento de GOLDSCHMIDT, J. *Principios...* cit., T.I, págs. 27 y ss. de hacerlo en torno a la consecución de la cosa juzgada.

279. Cfr. PRIETO CASTRO *Tratado...* cit. 1982, T.I, pág. 582.

280. Pues entre otras cosas, como puso de manifiesto CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit., T.I. pág. 51, no excluye su consideración como *fente autónoma de bienes* que sólo por medio de él pueden conseguirse. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso* cit., Cap. I, *passim*.

El proceso es instrumento al servicio de la función jurisdiccional, y como tal, su finalidad coincide plenamente con la finalidad de la jurisdicción misma; en mayor medida en cuanto que está configurado como instrumento no sólo posible o adecuado, sino absolutamente imprescindible. Esa finalidad no es otra que el otorgamiento de la tutela judicial²⁸¹: es decir la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, a través de la emisión de una resolución fundada y ajustada a derecho, y de la ejecución de la misma cuando proceda²⁸². En definitiva, como ha puesto de manifiesto GÓMEZ DE LIAÑO²⁸³, parece imprescindible, en el momento actual, asumir sin reparos la condición instrumental del proceso. Pero no respecto del derecho material, sino respecto de la función jurisdiccional y, más concretamente, respecto del otorgamiento de la tutela judicial efectiva.

Partiendo de la distinción más genérica que puede hacerse del proceso respecto del fin que persigue, podemos aludir a dos finalidades posibles: la emisión del juicio jurisdiccional y la transformación de la realidad conforme a ese juicio. La primera finalidad de las expuestas es la que corresponde al *proceso de cognición*, mientras que la segunda corresponde al *proceso de*

281. Cfr. CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit., T.III, pág. 31. Sin hacer referencia expresa a la tutela judicial, sienta las bases de esa interpretación teleológica del proceso de cara a la aplicación de la nulidad.

282. Somos conscientes de las discrepancias existentes respecto a la determinación del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No obstante, pensamos que son discrepancias que provienen de la limitada posibilidad de control del mismo dentro de las peculiaridades de nuestra justicia constitucional. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso* cit., 1988, págs. 23-24.

283. Cfr. *Abogacía y proceso*. cit., 1988, págs. 17-18.

*ejecución*²⁸⁴. Ambas son apreciables tanto en el ordenamiento procesal penal, como en el civil; y ambas constituyen el contenido de la tutela judicial efectiva, según reiterada jurisprudencia constitucional: obtención de una resolución motivada sobre el fondo, cuando proceda, y ejecución de la misma²⁸⁵. Parece claro, pues, que toda la normativa procesal tiene que estar mediatizada por esta finalidad y a su servicio.

La nulidad, como hemos visto, tiende a la privación de efectos del acto o los actos realizados sin adecuarse a la norma. Si lo que se trata es de proteger la regularidad del proceso, deben tenerse en cuenta los distintos momentos en que esa discordancia puede darse. Un primer momento es el de la constitución de la relación o situación procesal. Es necesaria la existencia de unos elementos para que podamos estar ante un proceso: son lo que comúnmente se denominan presupuestos procesales. Un segundo momento es el propio desarrollo del proceso. Y, por último, el estadio final al que se pretende llegar, que no es otro que la emisión del juicio jurisdiccional (en el proceso declarativo o de cognición), o la transformación de la realidad (en el proceso de ejecución).

La visión finalista del proceso permite determinar la relación estrecha que existe entre estos tres momentos. El proceso se establece como medio indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, por tanto: es necesario que haya órgano jurisdiccional y es necesario que haya proceso. Para que se ini-

284. Cfr. GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil* cit. pág. 1; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*. cit., 1985, pág. 53. Aún podría hacerse referencia a la función de aseguramiento en el proceso cautelar, pero dado su carácter instrumental respecto de otro proceso, preferimos entenderlo incluido en el de *ejecución*.

285. Cfr. entre otras STC 32/82 de 7 de junio.

cie el proceso es necesario que exista una *solicitud*²⁸⁶ o *demanda* de protección jurisdiccional. Estos son como tres pilares que indudablemente caen dentro de lo que debe ser protegido por la nulidad. A saber: que haya un juez, que haya una demanda de tutela y que haya un proceso. Los tres están estrechamente relacionados, puesto que sin órgano y sin *demanda* no puede haber proceso; y sin proceso, aunque haya demanda y órgano, no se estaría ejercitando la actividad jurisdiccional.

Los distintos niveles de protección: proceso y procedimiento

El carácter instrumental del proceso, hace posible distinguir entre una finalidad mediata, que coincide absolutamente con la de la función jurisdiccional, y una finalidad inmediata o directa que, sin ser distinta, no llega a abarcar el contenido de aquella.

El proceso una vez iniciado tiene una finalidad que es el establecimiento de las condiciones mínimas para que la actividad judicial se desarrolle correctamente. Hay por tanto una finalidad *mediata*: corrección de la actividad jurisdiccional; y una finalidad *inmediata*: establecimiento de las condiciones necesarias para que sea posible. La consecución efectiva de la finalidad mediata no es más que un punto de referencia interpretativo de las normas, pues, aunque el proceso se realice con escru-

286. Así lo consagra expresamente, por ejemplo, el Código de Proceso Civil Portugués en su art. 3º, estableciendo también la necesidad de que la otra parte sea llamada debidamente. Esta solicitud es igualmente necesaria, en el proceso penal, a pesar de que la fase de investigación pueda ser iniciada de oficio. Cfr. en este sentido las reflexiones de GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso penal* Ed. Forum. Oviedo, 1992. Págs. 125 y ss. sobre el ejercicio de la acción penal.

puloso respeto de las normas, el juez puede incurrir en error a la hora de resolver.

En cuanto a la finalidad inmediata esta se consigue por medio de dos elementos: las normas de procedimiento y los principios procesales. El diseño legal del procedimiento se hace en función de los principios procesales²⁸⁷, pero su consecución efectiva no depende exclusivamente del respeto a las normas procedimentales, pues éstas son en gran medida formales y no pueden prever todos los supuestos²⁸⁸.

Por lo tanto, el análisis del ordenamiento procesal desde este punto de vista pone de manifiesto que el fin inmediato del proceso abarca únicamente el establecimiento de las condiciones oportunas para permitir esa tutela judicial. En otras palabras, lo que las normas procesales regulan es el camino que debe seguirse para emitir el juicio y el modo en que debe emitirse (en el proceso de declaración); o para transformar la realidad conforme al título de ejecución (en el proceso de ejecución); así como los medios para corregir los eventuales errores que puedan producirse. Pero evidentemente no regula el contenido de

287. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil* cit., 1990. T.I, pág. 344.

288. Es más, puede que aun respetando las normas de procedimiento se infrinjan principios procesales. Cfr. sobre esto STC 162/93 de 18 de mayo. No basta el cumplimiento de la normativa, siendo obligación del órgano judicial asegurar, en la medida de lo posible, que se cumple la finalidad del acto. Cfr. STC 39/87 de 3 de abril, en relación con las normas relativas al emplazamiento. Cfr. tb. STEDH de 26 de marzo de 1993 (caso Ruiz Mateos); en ella el Tribunal Europeo entiende que aun no estando previsto en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad dar audiencia a las partes, siendo la Ley 7/83 una norma que afectaba a tan pocas personas, debería haberseles dado traslado para que alegasen lo que estimaran oportuno.

las *resoluciones de fondo*, ni aporta criterios para valorar su corrección.

Este deslinde de finalidades sucesivas, o de distintos niveles, pone de manifiesto que el nivel más primario, el de las normas procedimentales, no agota la finalidad del proceso ni constituye un objetivo en sí mismo. Está supeditado a una *finalidad extra-procedimental*, que puede cumplirse incluso con inobservancia del procedimiento²⁸⁹.

Al mismo tiempo, la finalidad última que se persigue, y respecto de la cual el propio proceso es instrumento —la efectiva tutela judicial—, queda fuera de las posibilidades de control de las normas procesales, aunque esté íntimamente ligada a ellas. Debe servir, igualmente, de criterio hermeneútico; pero es distinto del anterior porque, así como el cumplimiento de la finalidad de los distintos actos puede eliminar en muchos casos la necesidad de respetar el procedimiento, la corrección de la resolución no puede eliminar la necesidad de respetar los principios²⁹⁰.

289. No es posible detenerse aquí en las sugerentes ideas que suscitan estas consideraciones. Baste con poner de manifiesto que, a mi juicio, está ahí el fundamento del principio de economía procesal y de la tendencia a una mayor elasticidad formal, tan íntimamente relacionados con la instrumentalidad del proceso. Vid. al respecto COMOGLIO, L.P. *Il principio di economia processuale*. Ed. CEDAM. Padova, 1980. *Passim*, especialmente cap. II. Vid. Auto de la AP de Valencia de 4 de marzo de 1991 RGD pág. 5420, en el que se dice que *La misión de los tribunales no se limita a resolver sobre un determinado pleito, sino también a evitar trámites inútiles, demorando para el futuro lo que puede ser resuelto en el presente*.

290. Vid. a este respecto la regulación de la forma que realiza el art. 199 del CPC Portugués. Encontramos aquí el primer indicio de la relación

Así pues, la nulidad como categoría procesal debe quedar limitada en su aplicación a este ámbito propio y directo del proceso: el establecimiento de las condiciones adecuadas para el otorgamiento de la tutela judicial. Aunque ello no excluye que el fin mediato —la corrección de esa tutela— del proceso sea tenido en cuenta como punto de referencia a la hora de su aplicación²⁹¹.

Dentro de este ámbito *propriadamente procesal* es posible —como queda apuntado— diferenciar dos niveles desde el punto de vista teleológico: un nivel básico que consiste en la regulación de los distintos actos y su forma (*nivel procedimental*) y otro nivel superior que consiste en la regulación de los presupuestos que deben darse y los principios que deben regir esa sucesión de actos (*nivel procesal*).

El carácter instrumental del proceso y la finalidad que persigue debe hacer que el nivel inferior —el procedimental— no tenga una protección independiente del nivel superior, sino sólo en relación con él²⁹². Si la protección del procedimiento se si-

existente entre la nulidad y el *derecho a un proceso con todas las garantías* consagrado en el art. 24.2 de la CE.

291. Especialmente por lo que se refiere al criterio de la trascendencia de la infracción —no como hecho, sino como posibilidad— en el fallo de la sentencia. Vid. *infra* págs. 363 y ss.

292. Así FAIRÉN GUILLÉN, V. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, 1955. Pág. 225, hablando sobre la forma dirá que *tiene una función de garantía; cuando no la cumpla y solamente represente un indebido y no depurado arrastre de materiales históricos procedentes de épocas en las que de la misma se hacía casi un rito religioso, debe desaparecer*. Esta diferente protección permite explicar el funcionamiento de la preclusión en relación con la nulidad. Cfr. LOZANO-HIGUERO PINTO, M. “Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora

túa al mismo nivel que la protección del proceso, lo que se consigue es un formalismo inútil²⁹³.

Esta postura es calificada de peligrosa por RAMOS MÉNDEZ²⁹⁴. Pero del tenor de su argumentación se extraen consecuencias similares, pues no se trata de ignorar la importancia de las normas de procedimiento, sino de lograr un criterio racional de valoración de las consecuencias de su infracción respecto de la nulidad. En este sentido, estamos plenamente de acuerdo en que la infracción de una norma procedimental puede constituir en determinados casos una infracción de una garantía procesal²⁹⁵. Precisamente por ello es por lo que sostenemos que no tiene sentido una protección autónoma de las normas procedimentales.

La conclusión que pretendo extraer de estas consideraciones es que el adecuado encuadre de la nulidad dentro del proceso debe hacerse desde la determinación del proceso como objeto de protección propio. Sólo así puede obtenerse unos criterios de aplicación homogéneos que eviten tanto el formalismo enervante²⁹⁶ como una extensión de la categoría perturbadora de la seguridad jurídica²⁹⁷.

de las nulidades procesales” en *Problemas actuales de la justicia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988. Pág. 231. Vid. infra, págs. 265 y ss.

293. Vid. al respecto LIEBMAN, E.T. *Manuale...* cit., T.I, pág. 232, que hace referencia al principio de la *strumentalità delle forme* como directriz principal de la regulación de la nulidad en el CPC italiano.

294. *Derecho Procesal Civil* cit., 1990, T.I, págs. 344 y 345.

295. Id. op. y loc. cit.

296. Cfr. STC 20/89 de 31 de enero.

297. Vid STS de 27 de mayo de 1986 R. 2712 y SSTC 47/85 de 27 de marzo; 80/85 de 4 de julio.

Ahora bien, el proceso como objeto *digno de protección* debe entenderse acompañado de unas características propias: aquellas que han justificado la consagración de un derecho fundamental universalmente reconocido. No es el proceso, sin más, lo que la nulidad debe proteger, sino el proceso *con todas las garantías*, el proceso *debido*²⁹⁸. Es aquí donde adquieren todo su sentido las referencias a la indefensión que progresivamente han ido introduciéndose en la regulación de la nulidad procesal y materias conexas. Ya en 1955 PODETTI manifestó rotundamente esta relación al decir que *el objeto y fin de las nulidades de procedimiento es el resguardo de una garantía constitucional. Ello permite limitar estrictamente las nulidades al caso de indefensión*²⁹⁹. Afirmación que, en la actualidad, puede decirse que es compartida por la generalidad de la doctrina³⁰⁰.

Y, sin embargo, es patente la imposibilidad de construir una explicación coherente sobre la relación entre nulidad e indefen-

298. Si bien puede entenderse que tal especificación es redundante en nuestro ordenamiento constitucional. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. “Garantías constitucionales del proceso civil” en *Rev. Justicia*, 1981. Núm. especial. Págs. 11-13. Entre otras razones porque el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías genera una obligación por parte del Poder Legislativo y del Poder Judicial de regular, y aplicar, —respectivamente— las normas procesales teniendo en cuenta esas garantías.

299. *Derecho procesal civil...* cit., t. II, pág. 481. En la misma línea, aunque más pegado a las categorías tradicionales BERIZONCE, R.O. *La nulidad...* cit., págs. 67-68 y 82-87.

300. Vid. DEVIS ECHANDÍA, H. “Nulidad procesal...” cit., *passim*; VÉSCOVI, E. *Teoría general...* Pág. 296; MAURINO, A.L. *Nulidades...* cit. caps.III y IV, *passim*; GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso*. 1988, cit., pág. 205, entre otros. La tendencia es general y derivada de la relativización de los dogmas clásicos, como hemos ido viendo.

sión, desde las posturas clásicas de ineficacia de los actos jurídicos.

El fin del proceso como objeto de protección exclusivamente tendencial

La corrección o incorrección de la sentencia en cuanto manifestación externa de la creación y determinación del derecho para el caso concreto, no puede determinarse con referencia al Derecho Procesal. Las leyes procesales, como ya dijimos, establecen al respecto únicamente los mecanismos para que las eventuales incorrecciones sean corregidas, pero no aportan los criterios para valorarlas.

Ahora bien, la sentencia, en cuanto acto procesal, está regida por las normas del ordenamiento procesal, y es obvio que la distinción apuntada entre el plano material y el procesal no es tan sencilla de realizar en la práctica. Las denominadas *normas reguladoras de la sentencia*³⁰¹, cuya infracción abre la vía del recurso de casación, no son exclusivamente formales. Entre ellas se incluyen categorías como la *congruencia* y la *motivación* que, formando parte del contenido de la sentencia, deberían ser también objeto de protección de la nulidad.

El motivo de esta inclusión no es otro que su pertenencia a ese *nivel procesal*, descrito más arriba, que llega precisamente hasta ese punto: no regula el juicio del juez, pero sí le obliga a manifestarlo respetando unas reglas determinadas. Esta distinción se encuentra presente en las observaciones que GUASP hace sobre la diferencia entre rescisión y nulidad. Así nos dice *La rescisión se da cuando el acto respeta todos los requisitos*

301. Art. 1692 de la LEC.

*de admisibilidad, pero no los de fundamentación; se aparta en el fondo de su verdadero destino, por lo que es susceptible de una privación de su eficacia definitiva; así la sentencia injusta, que, aunque cumpla todos los requisitos de admisibilidad marcados para ella por la ley, puede y debe ser removida por el apartamiento de fondo que muestra respecto de su misión verdadera*³⁰².

La distinción de estos dos planos aporta un nuevo dato para determinar el ámbito de aplicación coherente de la nulidad en el proceso. La nulidad se sitúa en un plano anterior al de la injusticia³⁰³. Su ámbito de protección se extiende a lo que el legislador considera el iter correcto para llegar a una resolución justa: el proceso con todas las garantías.

302. GUASP DELGADO, J. *Derecho Procesal Civil* cit., T.I, pág.303. Cfr. en el mismo sentido ARAZI, R. *Elementos de derecho procesal*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1988. Pág 76.

303. Vid. *infra* págs. 363 y ss.

CAPÍTULO III

COHERENCIA DE LA LOPJ PARTIENDO DE LA NULIDAD COMO *TÉCNICA* DE PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO

1. El desconcierto de la nueva regulación

Son múltiples los motivos de sorpresa, desde la perspectiva tradicional, ante la nueva regulación. Dejando aparte su ubicación en una ley de contenido orgánico³⁰⁴, el primer aspecto que cabe destacar es la ausencia total en el texto de referencias específicas a los distintos ordenes jurisdiccionales y, por tanto, la clara pretensión del legislador de establecer una regulación de alcance general. Se trata de unas normas encaminadas a regular la nulidad en el ordenamiento procesal aplicables al proceso penal, civil, contencioso administrativo y laboral. Lo cual no significa, obviamente, que las referencias concretas a la nulidad que se hacen en los respectivos cuerpos legales no sigan vigentes.

El encabezamiento del capítulo III del título III, del Libro III de la LOPJ, habla de *La nulidad de los actos judiciales*; referencia que podría ser considerada incorrecta según los criterios

304. Considerada como poco apropiada por gran parte de la doctrina. Cfr. p. ej. PRIETO CASTRO, L. *Derecho de los Tribunales*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1989. Pág. 468; MONTERO AROCA, J. *La reforma de los procesos civiles*. Ed. Civitas. Madrid, 1992. Pág. 43.

tradicionales, pues deja fuera los actos de parte³⁰⁵. Por nuestra parte, ya hemos puesto de manifiesto que, considerando el peculiar sistema de eficacia del proceso, sólo los actos judiciales son susceptibles de valoración sobre su nulidad. De hecho, es a través de los recursos como las nulidades pueden denunciarse, y los recursos se dirigen exclusivamente contra resoluciones judiciales.

La búsqueda de las categorías tradicionales de ineficacia en la LOPJ es una tarea decepcionante. Expresamente sólo se hace referencia a la *nulidad de pleno derecho*. Pero, además, elimina lo que hasta ahora venían considerándose como criterios diferenciadores de esta categoría: la pervivencia del *vicio* a la firmeza de la sentencia y la posibilidad de que sea declarada de oficio³⁰⁶. En la nueva normativa todo tipo de nulidades pueden ser puestas de manifiesto por el juez y por las partes; y la necesidad de acudir a los recursos o a *los demás medios que establezcan las leyes procesales*, hace que todo tipo de nulidades estén sometidas al mismo régimen de impugnación y a las mismas limitaciones. Ello ha llevado a considerar que en la nueva Ley Orgánica, sólo el supuesto segundo del art. 238 es verdaderamente de nulidad de pleno derecho, pues sólo él sobrevive a la firmeza de la sentencia³⁰⁷.

En realidad, la doctrina no ha estado de acuerdo nunca sobre los vicios que debían sobrevivir a la firmeza de la sentencia

305. También puede objetarse a este encabezamiento una excesiva amplitud en cuanto que determinados actos judiciales son dudosamente jurisdiccionales y en buena lógica deberían tener una regulación diferente.

306. Así lo pone de manifiesto MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA J.M. *La nulidad...* cit. pág. 131.

307. Cfr. MORENO CATENA, V. *Derecho procesal* (ob. col.) , 1990, cit. T.I. vol.I, pág. 219; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 134.

impidiendo la producción de cosa juzgada de la misma³⁰⁸. Incluso algunos autores, conscientes de que la cosa juzgada es un pilar básico del ordenamiento que no puede ser desconocido por este motivo, razonaron que la sentencia viciada de nulidad de pleno derecho, no producía cosa juzgada y por lo tanto era siempre susceptible de ser anulada³⁰⁹. Lo cierto es que la posibilidad indefinida de impugnar una sentencia por motivos de nulidad no ha estado presente en ningún momento en nuestro ordenamiento ni en nuestra jurisprudencia. No ha pasado de ser una aspiración de la doctrina ante esa tensión, presente en todo ordenamiento, entre la necesidad de seguridad jurídica y la justicia³¹⁰.

Algunos autores entienden que las categorías tradicionales permanecen implícitamente en la nueva regulación. Así MARTÍN DE LA LEONA³¹¹ ha tratado de mantener la categoría de la anulabilidad con base en dos criterios de distinción: por un lado, la anulabilidad quedaría reservada en la LOPJ a los defectos formales; y, por otro, la consecución de la finalidad del acto es irrelevante en la nulidad de pleno derecho, mientras que en los supuestos de anulabilidad provoca la subsanación (art. 240). Un tercer criterio diferenciador propuesto por el mismo autor es la necesidad de que se produzca indefensión en la anulabilidad en todos los casos, mientras que para la nulidad de pleno derecho sólo es necesario en el tercero de los supuestos del art. 238.

Se trata de un intento sin duda meritorio de clarificar la Ley. No obstante, ante la dificultad de adaptar la LOPJ al esquema

308. Vid. *supra*, págs. 87 y ss.

309. Cfr. MORÓN PALOMINO, M. La nulidad... cit. pág. 205.

310. Cfr. STC 124/84 de 18 de diciembre.

311. *La nulidad...* cit., pág. 132.

tradicionalmente aceptado³¹², cabe preguntarse si no será más conveniente realizar la operación inversa: es decir, adaptar nuestro esquema al de la norma. De acuerdo con cuanto llevamos dicho, no cabe duda de que ese es el camino más fructífero, con independencia de las críticas que la regulación legal pueda merecer. Más arriba considerábamos la necesidad de un replanteamiento de las categorías. Y, en concreto, la necesidad de hacerlo desde la normativa vigente, ya que es ella la que determina sus efectos y gradación. No podemos por tanto sentirnos decepcionados al no encontrar en la LOPJ las categorías tradicionales de ineficacia. Desde mi punto de vista, tratar de interpretar la LOPJ encorsetándola en las antiguas categorías, aparte de no contribuir a clarificar el tema, supone desaprovechar una oportunidad única para estudiar la ineficacia procesal desde una perspectiva exclusivamente procesal.

2. La necesidad de un replanteamiento del sistema de ineficacia procesal

Existen diversos síntomas de que el aparente desorden y las *omisiones* del legislador, son plenamente conscientes y obedecen a una determinada opción respecto a la regulación de la nulidad. En concreto, el legislador, que ha tomado como punto de partida para la redacción de estos artículos la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, —casi podría decirse ha recuperado lo que prestó— ha prescindido de su sistemática. Muestra de ello es que, al regular uno de los supuestos que en

312. Id. op. y loc. cit. Califica el autor de *tortuoso y confuso* el esquema de la LOPJ.

aquella ley aparecen calificados como de anulabilidad³¹³, se elimina toda referencia a esa categoría. También puede observarse la omisión consciente de toda referencia a la *esencialidad* como criterio de distinción que sí se contemplaba en el art. 259 del texto del Proyecto de Ley³¹⁴.

A pesar de ello, no puede decirse que la regulación de la LOPJ haya supuesto una *ruptura*. Al contrario, puede constatarse que ha tenido muy en cuenta los criterios que tanto la doctrina como la jurisprudencia han aportado durante los últimos años. Sí abandona, en cambio, la sistemática tradicional, basada en la doctrina iusprivatista y tan escasamente uniforme, aunque sólo sea desde el punto de vista terminológico.

Además, sería inexacto identificar, como única causa de la discordancia entre la doctrina científica y las normas legales, la modificación que éstas han sufrido. Pues, con anterioridad a los cambios normativos, la doctrina y la jurisprudencia realizaron una labor cautelosa de relativización y adaptación de sus propios esquemas dogmáticos. Bien es cierto que sin atreverse a abandonarlos totalmente, ante la ausencia de una normativa propia que permitiera sustituirlas³¹⁵. Esa labor de la doctrina y de la jurisprudencia, al margen de otros datos que sin duda pueden encontrarse, se observa en una progresiva toma de conciencia de la autonomía normativa del derecho procesal respecto del ordenamiento civil³¹⁶. E igualmente, en la tendencia a

313. En concreto el relativo a los defectos de forma regulado en el art. 48 de la LPA del que es casi transcripción literal el inciso último del núm. 1 del art. 240 de la LOPJ.

314.

315. Cfr. al respecto PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* 1982. T.I, págs. 576-577.

316. El abandono por la doctrina y la jurisprudencia del art.6.3 del C.C. como norma de referencia para fundamentar el régimen de ineficacia

considerar el proceso en su totalidad, dando mayor relevancia a las infracciones del ordenamiento procesal que se refieren a los principios fundamentales del proceso y desviando la atención de aquellas otras que son meramente formales.

La consecuencia de todo ello es el establecimiento de una doctrina propia relativa a las nulidades procesales, en la que de un modo inequívoco va apareciendo la indefensión como punto de referencia³¹⁷. No obstante, se trata de un cuerpo de doctrina de carácter más bien intuitivo, fundamentado en razones de justicia y de racionalidad³¹⁸ que no encuentran explicación plena dentro de la dogmática tradicional³¹⁹.

Los criterios dados por los distintos autores en su esfuerzo por clarificar la enmarañada materia de la nulidad, son de una

del Derecho Procesal es una prueba de ello. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 28.

317. Cfr. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. pág. 80. Asimismo la 16ª conclusión de las V Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal en *Rev. Iberoam. de D.P.* 1970. núm. 3. Pág. 728. La indefensión ya aparecía contemplada en el recurso de Casación por quebrantamiento de forma, (art. 1693 de la LEC. derogado por la L. 34/84) aunque referido exclusivamente a la prueba. La L. 34/84 lo extendió a todos los defectos de forma, excepto los que se refieren a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Vid. núm. 3º del art. 1692 de la LEC. Vid. *supra*, págs. 130 y ss.

318. Cfr. SAENZ JIMÉNEZ-LÓPEZ F. DE GAMBOA, *Compendio de derecho Procesal*. Ed. Santillana. Madrid, 1969 T.IV, Vol.II, pág. 434. Como ejemplo de ello puede verse la evolución de la jurisprudencia penal analizada por MONTERO AROCA, J. "Presupuestos..." cit., págs. 245 y ss. Vid. tb. ÁLVAREZ DE LINERA-URÍA, C. *La nulidad de actuaciones...* cit. pág. 108.

319. Cfr. v.gr. STS de 2 de abril de 1979 R. 1549 y las allí citadas.

gran utilidad y sería un error ignorarlos³²⁰. Lo que sí nos parece necesario, es desprender de ellos los dogmas de ineficacia tradicionales. Especialmente en cuanto obligan a explicar la nulidad partiendo del acto procesal, como si este fuera un elemento independiente, equiparable a cualquier otro acto jurídico. E igualmente, en cuanto obligan a utilizar categorías que no existen en nuestras leyes procesales; o a extraer de la nulidad, como si se tratase de un *a priori* del ordenamiento jurídico, consecuencias inexorables. No parece razonable —especialmente ante las nuevas perspectivas abiertas para el ordenamiento procesal por la Constitución de 1978— resistirse a abandonar unas construcciones que, si bien hasta ahora han sido lo único de que se disponía, se han mostrado tan alejadas de las necesidades prácticas, y tan insuficientes para una aplicación adecuada de la nulidad al proceso.

La problemática de la nulidad está abordada en la LOPJ desde la perspectiva práctica, sin especial empeño sistemático. Y todo intento de encontrar un sistema está destinado muy probablemente al fracaso. Basta con examinar los preceptos para convencerse de que el legislador no ha querido plantearse si determinado supuesto constituye nulidad o anulabilidad, ni ha tratado de buscar diferenciación alguna de categorías. El legislador, así al menos pienso que puede interpretarse, ha buscado determinar la finalidad que debe perseguir la nulidad en el proceso y ha tratado de definir los criterios de valoración y los medios de denuncia.

320. En este sentido debe apuntarse que las distintas infracciones constitutivas de nulidad en la LOPJ de 1985, con carácter general o implícito, puede decirse que corresponden a lo que siempre se ha considerado como *orden público procesal*. Si bien en el momento actual se aportan los datos suficientes como para poder fundamentarlo en el propio ordenamiento procesal, sin necesidad de acudir al ordenamiento civil (art. 6.3 del C.C.).

Por ello, pienso que la comprensión de esta regulación sólo puede hacerse correctamente desde la perspectiva de la nulidad como técnica, que es la única que permite una consideración unitaria del proceso, así como la correcta ubicación de los principios procesales. En los siguientes capítulos trataremos de mostrarlo y lo haremos analizando las dos fases fundamentales del fenómeno de la invalidez: las infracciones invalidantes y los mecanismos para su valoración.

Partiendo de este esquema, los artículos de la LOPJ relativos a la nulidad podrían agruparse del siguiente modo:

- a) Criterios de valoración o infracciones invalidantes:
 - Supuestos concretos (art. 238, 1º y 2º)
 - Criterio general (art. 238, 3º)
 - Puntualizaciones (art. 240.1 y 241)
- b) Mecanismos de valoración (art. 240)
- c) Criterios de aplicación (art. 242).

Queda aparentemente descolocado el art. 243 que constituye un criterio de subsanabilidad general para los actos de parte, en estrecha relación con el art. 11.3 de la misma Ley.

SEGUNDA PARTE

**CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA NULIDAD EN LA
LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

CAPÍTULO I

LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DEL ART. 238 DE LA LOPJ

El art. 238 de la LOPJ establece:

Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2ª Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

3º cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

Podría pensarse que el legislador está tratando de delimitar los supuestos en que debe apreciarse la nulidad de pleno derecho a través de un sistema de lista cerrada: sólo en esos tres supuestos debe apreciarse. Sin embargo, la amplitud del último de los apartados, que impide considerarlo como un supuesto concreto, así como la existencia de otros supuestos de nulidad distintos en la propia LOPJ y en otras leyes procesales elimina esa apreciación.

Parece más lógico pensar que el legislador ha tratado de establecer dos supuestos concretos de nulidad y un criterio gene-

ral para la valoración de las nulidades procesales. Como trataremos de mostrar, este punto de vista permite entender mejor la coherencia de la regulación.

1. Actos realizados con manifiesta falta de jurisdicción

El primer supuesto contemplado, en el artículo al que estamos haciendo referencia, son los actos realizados con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. Hay dos aspectos en este precepto que son dignos de ser destacados por el desconcierto que provocan. En primer lugar la referencia a la *ostensibilidad* que, en principio, no parece tener una motivación clara, pues el que sea ostensible la falta de jurisdicción o de competencia, no parece que deba influir en su catalogación como causa de nulidad. En segundo lugar la propia referencia a la falta de jurisdicción como supuesto de nulidad de pleno derecho hace pensar que el legislador ha introducido un supuesto claro de inexistencia entre los de nulidad de pleno derecho, ya que los actos realizados con manifiesta falta de jurisdicción, desde el punto de vista del ordenamiento procesal no pueden considerarse existentes³²¹.

El criterio de la ostensibilidad

La utilización de la ostensibilidad como criterio para apreciar la nulidad de pleno derecho tiene su precedente más inmediato en la LPA de 1958, de donde ha sido tomado por el le-

321. Cfr. LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción por razón de la materia*. cit., pág. 238.

gislador. Se trata de un criterio ya utilizado con anterioridad en otras normas³²², que no se ha mostrado útil ni preciso³²³.

Parece claro que el que una infracción sea manifiesta no la hace merecedora de una mayor sanción. Y, además, el criterio de la ostensibilidad está fundamentado sobre un juicio de valor subjetivo. Por esta razón los intentos de objetivación del criterio no han hecho sino poner de manifiesto su inutilidad³²⁴, pues la evidencia —fuera de los denominados *primeros principios*— incorpora siempre un elemento subjetivo y, respecto de una

322. En la Novísima Recopilación Libro XI, Título XXIII, Leyes 1ª y 2ª aparecía regulado un recurso de Injusticia *Notoria*. Igualmente en el Código de Comercio de 1829 en su art. 1218 se regulaba un recurso de injusticia *notoria* para el supuesto de violación *manifiesta* de las formas sustanciales del juicio. La LOPJ de 1870 en su art. 262 disponía que *se entenderá por inexcusable la negligencia o ignorancia cuando, aunque sin intención, se hubiese dictado providencia “manifiestamente” contraria a la Ley*. También el anterior art. 1693 de la LEC, derogado por la Ley 34/84 aludía a la *evidencia* como calificativo del error en la apreciación de la prueba que daba lugar a la casación. Igualmente pueden encontrarse muestras de su utilización en el art. 136 de la LAU de 1964, hoy derogado, en el que se regulaba el *recurso de injusticia notoria* en el que se hace referencia como motivos del recursos a la *injusticia notoria* por infracción de precepto y de doctrina legal y al *manifiesto* error en la apreciación de la prueba.

323. Cfr. LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción...* cit., pág. 238.

324. Esta tendencia ya fue calificada por SANTAMARIA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit., pág. 300 y ss., como consideraciones verbales sin contenido que llevaban a un círculo vicioso. La doctrina jurisprudencial en este punto no aporta más que sinónimos que en nada ayudan a delimitar el contenido. Cfr. igualmente MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 133 y jurisprudencia allí citada.

infracción jurídica, la patentidad dependerá, entre otras cosas de la mayor o menor preparación del juzgador³²⁵.

Entendido como *síntoma* de la gravedad de la infracción, como un modo de aludir al orden público, tiene sin duda un cierto valor, *pues lo grave, lo que viola el orden público, necesariamente ha de ser manifiesto*³²⁶. Además, en el ordenamiento administrativo, puede ser relevante para la apertura de un determinado recurso o el otorgamiento de una determinada acción³²⁷.

Por lo que respecta al ordenamiento procesal, dado el régimen no diferenciado de la nulidad de pleno derecho en la LOPJ, puede parecer que el criterio de la ostensibilidad no tiene la menor utilidad, pues el órgano o es *competente* o no lo es, sin que la mayor o menor evidencia con que ello se manifieste pueda tener influencia en la valoración de nulidad que se haga³²⁸. Únicamente en caso de que hubiera un cauce específico

325. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Los vicios de orden público de los actos administrativos*. Ed. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1970. Pág. 236. En el mismo sentido, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit., pág. 305.; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. Pág. 133.

326. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit., pág. 307.

327. P. ej. la posibilidad de utilizar la vía interdictal contra la administración prevista en el art. 103 de la LPA, Y el art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, o la posibilidad de denuncia de la nulidad prevista en el art. 109 de la misma ley. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad...* cit. pág. 304.

328. Cfr. LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción...* cit., pág. 239.

para denunciar la nulidad de pleno derecho, podría tener algún sentido, como filtro de admisión del recurso³²⁹.

Pues bien, a pesar de las consideraciones precedentes, en mi opinión el criterio de la ostensibilidad tiene, respecto de las actuaciones judiciales, una utilidad innegable. Se trata de un criterio de valoración plenamente coherente con la naturaleza instrumental de la nulidad y con las peculiaridades del ordenamiento en el que se está aplicando. Puede decirse, incluso, que estamos ante el primer dato que confirma la tesis que sostenemos. Pues, lejos de considerar la nulidad como un hecho inexorable, se aporta un criterio que debe valorarse para decidir si la categoría se aplica o no. Se está estableciendo el tipo de infracción que se considera digna de protección: no es la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, sino aquella que sea manifiesta. En concreto, ante la falta de claridad que se observa muchas veces en las normas de competencia, debe entenderse que, tan pronto como haya una disparidad de criterios entre diversos órganos jurisdiccionales, ya no estaríamos ante el supuesto de nulidad contemplado en el núm. 1º del art. 238, sino que, en todo caso, habría que analizar si se dan las condiciones para su inclusión en el supuesto general del núm. 3³³⁰. Lo cual, al margen de otras consecuencias que analizaremos más adelante, puede tener gran trascendencia respecto a la po-

329. Vid. art. 237 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1980 (B.O.C. 16 de abril de 1980).

330. Esta interpretación, podría justificar la corriente jurisprudencial ya consolidada en la Sala Tercera del TS en cuanto a la subsanación de la falta de competencia funcional de determinados órganos. Debe señalarse, no obstante, que la argumentación empleada por dicha Sala, —referente a la identidad del órgano que debe conocer del recurso— es bastante endeble, pues de extenderse a otros ámbitos podría abrir una vía a la vulneración de las normas de atribución de la competencia, que no debe admitirse.

sibilidad o no de acceso al recurso de amparo de este tipo de infracciones³³¹.

Contenido de la “falta de jurisdicción”

– LA JURISDICCIÓN COMO PODER DEL ESTADO

Para poder determinar a qué se refiere el legislador con el término *falta de jurisdicción* debemos partir, como siempre, del propio artículo 238 de la LOPJ y su contexto, pues, siendo el término *jurisdicción* tan enormemente equívoco³³², cualquier

331. Ya que una falta de competencia manifiesta infringiría el derecho al juez predeterminado por la Ley. Pero en caso de oscuridad de la norma, el pronunciamiento sobre la atribución de la competencia a uno u otro órgano jurisdiccional sería un tema de legalidad ordinaria. Cfr. STC 16/81 de 18 de mayo.

332. No existe un concepto claro de jurisdicción, porque sería necesario que existiera acuerdo sobre su naturaleza, sus caracteres diferenciales y su ámbito. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ *Estudios...* cit. Pág. 22; FAIRÉN, V. *Estudios de Derecho Procesal Civil, penal y Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid, 1983, pág. 64.; PRIETO CASTRO, L. *Derecho de los Tribunales*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1986. Pág. 83; ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho Procesal* ob. col. cit. T.I. vol.I. pág. 46. El término jurisdicción puede utilizarse tanto para designar el hecho de la *atribución* de la función jurisdiccional, como el *ámbito global* de ejercicio de la misma. Vid. al respecto PELÁEZ DEL ROSAL, M. *La competencia territorial en el proceso civil*. Ed. del autor. Barcelona, 1974. Págs. 41 y ss. Igualmente puede hacer referencia al conjunto de órganos jurisdiccionales o a las normas de determinación de la competencia de un determinado orden jurisdiccional Cfr. LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción...* cit., págs. 19 y ss. Así lo pone de manifiesto nuestra vigente LOPJ, cuando en el Título I del Libro primero hace referencia a la extensión y límites de la jurisdicción. Existen además ejemplos de su

otro camino introduce confusión. Y el primer dato que arroja luz a este respecto es el encabezamiento que el legislador ha utilizado para el capítulo tercero: De la nulidad de los actos judiciales. De él pueden extraerse consecuencias valiosas para el problema que estamos analizando.

Dentro de las diversas acepciones del término, debemos excluir la que hace referencia a la jurisdicción como potestad o como función, pues es evidente que no existe órgano jurisdiccional alguno del que pueda predicarse *falta de jurisdicción*, y menos aún de modo manifiesto, ya que esa atribución es precisamente lo que configura la *jurisdiccionalidad* del órgano³³³.

utilización incorrecta en diversos preceptos procesales y constitucionales. Vid. v. gr. el art 54 de la LEC que equipara jurisdicción y competencia objetiva por razón de la materia. Igualmente el art. 389 del mismo cuerpo legal, el art. 82.a) de la LJCA y el art. 8 de la LECrim. Vid. también el art. 22 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de 18 de mayo de 1987; los arts. 2 y 3 de la LOPJ; arts. 24.2 y 117.3 de la Constitución. Cfr. al respecto MARTÍN OSTOS, J. “De las cuestiones de competencia” en *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 198. Desde el punto de vista de la *función*, aun es posible diferenciar potestad jurisdiccional, atribuida a los órganos que integran el Poder Judicial, y el ejercicio de esa función por parte de un órgano concreto en un proceso determinado con carácter exclusivo, que se resuelve por las normas de determinación de la competencia. Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P. *Extensión y límites de la jurisdicción española* Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 1992. Pág. 35.

333. Cfr. art. 2 de la LOPJ. Aunque el texto de la norma da la sensación de utilizar el criterio inverso, es decir, de configurar como jurisdicción aquello que corresponde a los Jueces y Tribunales, lo cierto es que lo que hace que un órgano sea un juez o un Tribunal es precisamente que juzga y hace ejecutar lo juzgado, esto es, ejerce la función jurisdiccional. Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Introducción al Derecho Procesal*.(Coaut. MORENO CATENA y GIMENO SENDRA) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1993. Pág. 281.

Y, puesto que la LOPJ está regulando la *nulidad de los actos judiciales*, parece claro que, al hacer referencia a la manifiesta falta de jurisdicción, no puede estar pensando en la jurisdicción desde este punto de vista. Deben, en consecuencia quedar excluidos del supuesto legal los tradicionales ejemplos de inexistencia del acto: los actos realizados por un no juez. Ese tipo de actos no necesitan estar regulados por el ordenamiento en cuanto a su ineficacia, pues la ausencia de esa *mínima apariencia* de regularidad que se requiere para existir jurídicamente, hace que puedan ser desconocidos sin necesidad de resolución judicial³³⁴.

Ahora bien, dentro ya del terreno de la apariencia, es preciso dilucidar la influencia de los diversos elementos que configuran la atribución de jurisdicción a los efectos de valoración de la nulidad. Deben distinguirse aquí dos niveles diferentes: el de la atribución al *órgano* y el de la designación del *titular* del mismo.

Las condiciones que deben cumplir los órganos a los que se encomienda la función jurisdiccional están establecidas en la Constitución³³⁵ y la adecuación de cada órgano a esas normas

334. Vid. *supra*, págs. 76 y ss.

335. Cfr. arts. 24, 53, 86 y 117 de la CE, entre otros. La jurisprudencia del TC ha establecido también, como exigencia constitucional para el ejercicio de la jurisdicción, el que el órgano jurisdiccional haya sido creado con anterioridad al hecho que motiva su actuación (cfr. STC 111/84 de 28 de noviembre), y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (cfr. STC 55/90 de 22 de marzo); así como el cumplimiento de las mínimas condiciones de imparcialidad del titular del órgano, garantizadas por la posibilidad de abstención o recusación en los supuestos determinados por la Ley cfr. STC 47/82 de 12 de julio. Cfr. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “Concepto de juez ordinario...” cit. pág. 19.

es materia ajena a la nulidad procesal, pues se sitúa en un plano previo al proceso. Por ello, podemos decir que el carácter ordinario o no de un órgano creado por ley, o su adecuación a las normas que garantizan la separación de poderes, etc., en nada afectarán a la nulidad de los procesos que se hayan tramitado ante él³³⁶. Todo órgano al que se atribuya el ejercicio de la función jurisdiccional por los cauces constitucionalmente establecidos, tiene potestad jurisdiccional y la ejerce válidamente en tanto no le sea quitada³³⁷.

La atribución de jurisdicción se realiza siempre en el órgano. Pero el ejercicio de la función jurisdiccional requiere la presencia de un sujeto que, en virtud de su nombramiento como titular del órgano, la realice. Las garantías establecidas para el órgano, que tienden a proteger el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, quedarían burladas fácilmente —como ha puesto de relieve el TC³³⁸— si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son en definitiva quienes van a aplicar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse. Es más, es la independencia e imparcialidad del juez lo que persigue de modo directo el derecho al juez predeterminado por la ley³³⁹. Por ello, debe analizarse en este punto cuál es la influencia que puede tener en la validez de las actuaciones la eventual infracción de las normas relativas a la designación de los titulares de los órganos.

No existe ninguna norma legal ni doctrina jurisprudencial que resuelva claramente el problema. El TC ha tenido oportunidad de poner de relieve que la infracción de las normas de

336. Cfr. STC 145/88 de 12 de julio.

337. Cfr. STC 101/84 de 8 de noviembre.

338. STC 47/83 de 31 de mayo.

339. Cfr. id. nota anterior.

nombramiento de los titulares *puede* constituir una infracción del *derecho al juez predeterminado por la Ley*³⁴⁰ pero no ha aportado los criterios para determinar cuando se produce.

Sin perjuicio de otras consideraciones que puedan hacerse, a los efectos que nos interesan, el hecho que determina la detención de esa potestad, en un sujeto determinado, es el nombramiento realizado por el órgano del Estado que sea competente para ello³⁴¹. Únicamente la falta de competencia del órgano que efectúa el nombramiento podría afectar a la validez de las actuaciones³⁴². No obstante, pensamos que debe excluirse la aplicación de la categoría de la nulidad cuando la falta de com-

340. Cfr. SSTC 31/83 de 27 de abril y 47/83 de 31 de mayo.

341. En nuestro ordenamiento no siempre es competente el mismo órgano. Los jueces de paz son propuestos por los municipios y nombrados por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma (art.101 LOPJ); los jueces son nombrados, mediante Orden, por el Consejo General del Poder Judicial; Los Magistrados y Presidentes serán nombrados por Real Decreto presentado por el Ministerio de Justicia, que refrenda el nombramiento, a propuesta del Consejo General del Poder judicial (cfr. art. 316 LOPJ). Los jueces en régimen de provisión temporal son nombrados por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma, etc.

342. Aunque la falta de previsión del legislador en algunos supuestos, ha requerido soluciones diversas, que han provocado distintas reacciones doctrinales. Vid. p. ej. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. "Concepto de juez ordinario en el Derecho español" en *Rev. Poder Judicial* (2ª época) núm. 18. Junio, 1990. Págs. 18 y ss. y GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal* ob. col. cit. T.II, pág. 48. Vid. tb. DE LA OLIVA SANTOS, A.-FERNÁNDEZ, M.A. *Derecho Procesal Civil* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991. T.I. Págs. 30-31.

petencia sea consecuencia de la disparidad existente sobre el sentido de la norma que la determina³⁴³.

Los requisitos que deben cumplir los jueces y magistrados son establecidos discrecionalmente por el legislador, con las limitaciones impuestas por la norma constitucional vigente, existiendo en los diversos ordenamientos jurídicos variados sistemas de selección, incluso la elección aleatoria entre ciudadanos, de cara a la composición del jurado³⁴⁴, en los ordenamientos en los que tal institución existe.

Ese nombramiento es suficiente para que el sujeto detente la potestad jurisdiccional, y nuestra jurisprudencia ha optado por aplicar a los actos jurisdiccionales el criterio de la *investidura plausible*, por ser la más conforme con el principio de seguridad jurídica tan necesario en el proceso. De modo que, las eventuales irregularidades en el nombramiento de los titulares de los órganos jurisdiccionales, no deberán repercutir en las resoluciones dictadas por ellos: *quien funciona como juez actúa con plena potestad mientras no sea suspendido o separado del servicio, siendo sus actos plenamente válidos, aunque su nom-*

343. Cfr. en este sentido la ya citada STC 101/84 de 8 de noviembre. Encontramos aquí una aplicación útil del criterio de la *ostensibilidad*.

344. Cfr. arts. 1 y 38 de la L. Orgánica del Tribunal de Jurado. La jurisprudencia constitucional y parte de la doctrina considera que los jurados están investidos de potestad jurisdiccional. Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal*. ob.col cit., 1990, T.II. Pág. 45 y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. *La participación popular en la administración de justicia: el tribunal del jurado*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1992. Págs. 51 y ss. En contra PRIETO CASTRO L. “Aspectos procesales de la Ley del Jurado” en *Jornadas conmemorativas del Centenario de la Ley del Jurado*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1988. Pág. 25. Cfr. tb. STEDH 25 de noviembre de 1993 (Caso Holm).

*bramiento adolezca de la falta de algún requisito*³⁴⁵. Supuesto distinto es, evidentemente, el de la usurpación de funciones³⁴⁶.

Tal doctrina es acorde con lo previsto en el ordenamiento para resolver determinados supuestos. Así, la extinción de la relación jurídica administrativa que une al Juez con el Estado y la Administración no supone necesariamente la extinción de la función jurisdiccional. En este sentido el art. 256 de la LOPJ con carácter general y, de manera más específica, el art. 155 de la LECrim, son bien expresivos. Dice este último que cuando fuere trasladado, jubilado, separado o suspendido algún magistrado, votará las causas a cuya vista hubiere asistido y que aún no hubiese fallado³⁴⁷. Lo mismo debe decirse en cuanto a las prórrogas de jurisdicción en el caso de que el juez haya cambiado de orden jurisdiccional³⁴⁸.

345. Cfr. STS. de 30 de enero de 1990 R. 1467.

346. Como dice la sentencia cit. en la nota anterior *El usurpador es aquel que sin “apariencia alguna de legitimidad”, por falta de título (título administrativo, es decir, investidura), ejerce actos propios de una función pública, excluyendo por la fuerza o dolosamente a quien incumbía el cargo* (el entrecomillado es nuestro).

347. Vid. p. ej. la STS 25 de junio de 1990 R. 4895, en la que se considera correcto el ejercicio de funciones jurisdiccionales por magistrado jubilado, que se produce como consecuencia de Acuerdo del CGPJ de 6 de mayo de 1988.

348. Cfr. Acuerdo de 10 de julio de 1991 del CGPJ en el que se acuerda declarar válido el acuerdo del TSJ de Asturias sobre prórroga de jurisdicción a un magistrado de la AP que antes estuvo destinado en un Juzgado de lo Social. Y ello con base en que el art. 256 de LOPJ es aplicable analógicamente a los órganos unipersonales. Se considera además que la prórroga de jurisdicción no entra en colisión con el art. 98 de la LPL, pues dicho precepto se refiere al supuesto de que el magistrado no pueda dictar sentencia, que dará lugar a una nueva celebración del juicio.

Con respecto a las normas de constitución y funcionamiento de los órganos colegiados, es dudosa su inclusión en este apartado, o por el contrario en el 3º, como infracción de las normas esenciales del procedimiento. Como defecto en la formación de la voluntad no tiene una previsión específica³⁴⁹. Si bien podría configurarse como requisito esencial para el ejercicio de la jurisdicción de un órgano colegiado, dada la redacción del art. 238, parece más lógico —con independencia de que podría incluirse en el primero— incluirlo en el tercero pues, al fin y al cabo, se trata de normas de procedimiento relativas a la emisión de la sentencia en un órgano colegiado³⁵⁰.

– LA JURISDICCIÓN COMO ÁMBITO DE EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

De todo lo expuesto puede extraerse la consecuencia de que el núm 1º del art. 238 no está haciendo referencia a la *jurisdicción* como poder del Estado, pues las cuestiones que podrían suscitarse desde ese punto de vista no tienen repercusiones en las actuaciones judiciales. Considerar regulados los supuestos de inexistencia, o las múltiples cuestiones de índole constitu-

349. A diferencia de lo previsto en el art. 62, e) de la nueva L. 30/92 de 26 de noviembre, respecto a los actos administrativos, sustancialmente igual a la de la LPA en este punto.

350. Vid. SERRA, M. *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. pág. 840, incluye esta infracción dentro del motivo 3ª del art. 1692 y en concreto dentro de la infracción de las normas reguladoras de la sentencia por insuficiencia subjetiva física (por insuficiencia del número de magistrados) o jurídica. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional* ob. col. cit., 1989. T.I. Pág. 548, en cambio, lo configura como requisito de aptitud relativo al órgano jurisdiccional.

cional o administrativa que sin duda implica la jurisdicción, introduce confusión y no tiene utilidad práctica.

La interpretación de este supuesto debe hacerse, en mi opinión, partiendo del motivo 1º del recurso de Casación, establecido en el art. 1692 de la LEC³⁵¹. Esta referencia a la LEC, está justificada por dos motivos fundamentales: la estrecha relación que existe históricamente entre la nulidad procesal y la regulación del recurso de casación³⁵²; y la mayor coherencia que se obtiene al relacionar este precepto con el art. 238 de la LOPJ. En él se hace referencia al abuso, exceso o defecto de jurisdicción, a los que hay que añadir la *falta de jurisdicción por razón de la materia*³⁵³, supuestos que sí son predicables de los actos judiciales. Respecto de la nulidad, parece claro que sólo deben tomarse en cuenta los actos realizados con exceso de jurisdicción, pues el *defecto* de jurisdicción³⁵⁴, además de chocar con la redacción literal del núm. 1º del art. 238 LOPJ³⁵⁵, se refiere a supuestos en los que —al menos tal y como se regulan en

351. Cfr. igualmente arts. 666 y 676 de la LECrim.

352. Cfr. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit., pág. 91. y PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. 1985, T.II, pág. 473; SUAU MOREY, J. *El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y el recurso de casación*. Ed. Reus. Madrid, 1986. págs. 45 y ss.

353. Que según la jurisprudencia debe entenderse incluida en este motivo de casación. Cfr. p.ej. SSTS de 29 de septiembre de 1987 R. 6656; 10 de julio de 1988 R. 4815; 12 de junio de 1991 R. 4446. N.b. que, siendo la jurisdicción única, el término es aquí empleado como ejercicio de la función, que es lo que se distribuye al establecer los diferentes órdenes. Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P. *Extensión y límites...* cit. pág. 36.

354. Es decir, la negativa del órgano a conocer.

355. Que habla de “falta” de jurisdicción y por tanto se refiere a una extralimitación del órgano fuera de sus atribuciones. La negativa a conocer puede ser errónea o no, pero está siempre dentro de sus atribuciones.

nuestro ordenamiento— la aplicación de la categoría de la nulidad, no resulta útil³⁵⁶.

Un determinado órgano puede carecer de jurisdicción por no tener atribuido el ejercicio de funciones jurisdiccionales, o bien extralimitarse en su ejercicio fuera del ámbito determinado por la Ley³⁵⁷. El primer supuesto, como ya hemos visto, debe quedar excluido del contenido del art. 238 que estamos analizando, pues es esencial para la *judicialidad* del acto el que sea emitido por un órgano jurisdiccional; y la atribución de jurisdicción es lo que determina que el órgano sea jurisdiccional.

Para poder determinar cuando un órgano actúa con exceso de jurisdicción debemos analizar cuáles son los límites que determinan el ejercicio de la función. Es evidente que esa atribución no tiene un contenido universal³⁵⁸. De modo que, como la propia LOPJ admite, es concebible que haya unos límites fuera de los cuales el órgano estaría excediéndose en sus atribuciones³⁵⁹.

356. Así, en el proceso civil este supuesto está mal resuelto Cfr. art. 1715. 1º de la LEC y STC 43/85 de 22 de marzo. No sucede lo mismo en el proceso contencioso administrativo, en el que se dispone expresamente la remisión de las actuaciones al órgano competente (arts. 62, 71, 73, y 82 de la LJCA).

357. Arts. 21 a 25 de la LOPJ, y arts 51 y 70 de la LEC, fundamentalmente.

358. No, al menos, desde el punto de vista de la *posibilidad de ejercicio*. Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P. *Extensión y límites...* cit., pág. 41.

359. En realidad la problemática del establecimiento de límites para el ejercicio de la función jurisdiccional por el propio Estado —que pueden, por tanto, entrar en colisión con los establecidos por otros— puede clarificarse teniendo en cuenta que su eficacia práctica se pone en funcionamiento en el momento de controlar la ejecución de las resoluciones emanadas de órganos judiciales extranjeros.

Un primer límite lo configuran las normas relativas a la *competencia internacional* que delimitan el ámbito de ejercicio de la jurisdicción por los órganos jurisdiccionales del Estado. No obstante, su eficacia respecto de la nulidad es necesariamente limitada, salvo que estén establecidas en el marco de acuerdos internacionales que prevean mecanismos de solución de los conflictos³⁶⁰.

En un segundo nivel, dentro ya de los límites de la Jurisdicción Española, están las normas que determinan la competencia exclusiva de cada orden jurisdiccional o *jurisdicción por razón de la materia*. La interpretación jurisprudencial del motivo primero del art. 1692 de la LEC, ha venido incluyendo estos supuestos entre el exceso de jurisdicción, pues se entiende que las normas que determinan la atribución de la competencia a un orden jurisdiccional globalmente considerado, delimitan el ámbito de ejercicio de la jurisdicción para ese orden jurisdiccional³⁶¹.

En este sentido el art. 6 de la LOPJ es bien expresivo cuando establece que *la jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resol-*

360. El propio concepto de *competencia judicial internacional* presenta graves dificultades para su construcción. Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P. *Extensión y límites...* cit. pág. 37-41.

361. Interpretación que tiene su base en las propias leyes procesales que utilizan el término jurisdicción para referirse a cada orden jurisdiccional. Así p. ej. el art. 9 de la LOPJ. La confusión terminológica subsiste, sin embargo, en la propia LOPJ, que en sus arts. 42 y ss. hace referencia a los conflictos de competencia, entre los que incluye los que se produzcan entre Juzgados y Tribunales de distinto orden jurisdiccional. En este sentido, p. ej., el Capítulo primero del L.I. del Tit. I de la LPL lleva por título “De la jurisdicción”, haciendo sin duda referencia a la jurisdicción por razón de la materia. Cfr. LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción...* cit., págs. 19 y ss.

verán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Estableciéndose igualmente de modo encomiable que *la resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente*³⁶². En similares términos, aunque con dicción más imprecisa, se reguló ya este aspecto en el art. 74 de la LEC, que establece el deber de abstención de los Jueces cuando se *consideren incompetentes por razón de la materia*, e igualmente las Audiencias y el Tribunal Supremo al conocer de las actuaciones en virtud de los recursos de apelación o casación ante ellos interpuestos. Y, ello como es evidente se refiere tanto a la competencia objetiva por razón de la materia, como a la jurisdicción por razón de la materia, así como a la competencia funcional³⁶³. Entre otras cosas, porque de otra manera no sería comprensible como una Audiencia Provincial en apelación o el Tribunal Supremo en Casación pueden no ser competentes. La previsión legal de que *declararán la nulidad de todo lo actuado*, no deja lugar a dudas en cuanto a los efectos de la falta de jurisdicción.

No obstante, hay que tener en cuenta que las posibles discrepancias sobre cuál ha de ser el orden jurisdiccional que conozca de un asunto, una vez que la cuestión ha sido decidida, debe quedar excluida de la aplicación de la nulidad, quedando excluida igualmente su consideración como infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley, siempre que se trate

362. Encomiable en comparación con la falta de previsión de este extremo por el legislador del 84, al regular el motivo primero del recurso de casación (art. 1692, 1º de la LEC en relación con el 1715 1º).

363. Cfr. MARTÍN OSTOS, J. *Comentarios a la reforma...* cit., págs. 134-135. En el mismo sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Ibidem*, pág. 834.

de órganos de la jurisdicción ordinaria³⁶⁴. Lo cual pone de manifiesto la oportunidad de incluir el criterio de la ostensibilidad en este tipo de infracciones.

Igualmente deben entenderse como límites del ejercicio de la función jurisdiccional aquellos supuestos en los que, a pesar de *tener jurisdicción*, el ejercicio de la misma está condicionado o impedido como sucede en los supuestos de exención de jurisdicción. Así sucede, p. ej., con los actos judiciales realizados sin obtener la autorización de la Cámara Legislativa correspondiente, cuando la condición de parlamentario del demandado o inculpaado así lo exige³⁶⁵. En estos casos, el juez conserva su jurisdicción, aunque está impedido de conocer, en

364. Sobre el juez ordinario y predeterminado por la Ley del art. 24 de la CE cfr. la STS 26 de mayo 1984 R.3487 que recoge el criterio del TC S 75/82 de 13 de diciembre: no se infringe sino cuando se atribuye el asunto a una jurisdicción especial. Cuando la disputa consista en cuál ha de ser el orden jurisdiccional que ha de conocer, no cabe alegar esta infracción. Igualmente STS 2 de febrero de 1970 R. 529 y 5 de julio 1980 R. 3112. Aunque puede constituir una vulneración del derecho de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley. Cfr. STS de 21 de noviembre de 1981 R. 5266, 23 y 29 de noviembre de 1984. R. 5979 y 5689. Cfr. al respecto LORCA MARTÍNEZ, J. “Nulidad y presupuestos procesales subjetivos” en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. 1992, pág. 834.

365. Cfr. Art.71 de la CE, art.750 de Lecrim., L. 9.2.1912. Arts. 10-14 Reglamento del Congreso de los Diputados de 10.2.82 y 21 y 22 del Reglamento del Senado de 26.5.82. Cfr. también la LO 3/85, de 29 de mayo. FAIRÉN GUILLÉN, V. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*. Ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, 1992. T. III, pág. 47, considera los aforamientos como auténticas exenciones de jurisdicción. En el mismo sentido SAAVEDRA GALLO, P. “Privilegios personales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal” en *Rev. Universitaria de Derecho Procesal*, 1988. Núm. 0. Pág. 60.

ese supuesto concreto. La condición de parlamentario, configura una auténtica exención de jurisdicción³⁶⁶, pues la negativa de la Cámara no sólo determina la terminación de ese proceso, sino la imposibilidad de iniciar cualquier otro sobre lo mismo. Su eficacia es, por tanto, equiparable a la de una sentencia firme. Otro tanto puede decirse de los demás supuestos de inmunidad contemplados en nuestro ordenamiento jurídico³⁶⁷.

Otro límite del ejercicio de la jurisdicción lo constituye la cosa juzgada, a la que hay que equiparar la firmeza de los laudos arbitrales válidamente emitidos³⁶⁸. No puede ser de otro

366. Vid. ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho procesal* ob. col. cit., 1990. T.II. págs. 141 y 142. Aunque el autor no habla de falta de jurisdicción sino de *exención jurisdiccional*, lo configura como *límite de la jurisdicción penal*.

367. Cfr. respecto a los parlamentarios el art. 2.2 de la L.O. 3/85 de 29 de mayo. Cfr. también art. 22 LOTC; art. 6.2 y 8.4 de la Ley del Defensor del Pueblo de 1981; arts. 31 y 32 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 (incorporado a nuestro ordenamiento por instrumentos de 21 de noviembre de 1967 y 3 de febrero de 1970). Vid. SAAVEDRA GALLO, P. "Privilegios personales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal" en *Rev. Universitaria de Derecho Procesal*, 1988. Núm. 0. págs. 57-86.

368. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit., pág. 349. Cfr. FERRERES COMELLA, V. "El tratamiento procesal de la cosa juzgada en la reciente jurisprudencia española" en *Rev. Justicia* 90. Núm. IV, págs. 927 y ss. Sobre el tema del laudo arbitral vid. STS de 22 de noviembre de 1990. R. 9016, en la que se dice que habiéndose acreditado que con anterioridad a la interposición de la demanda se había dictado un laudo de equidad *claramente determina manifiesta falta de jurisdicción de la ordinaria (...), con la consiguiente falta de competencia objetiva y funcional (...) generando en consecuencia la nulidad del juicio a que dicha demanda dio origen, así como del recurso de apelación que motivó y del de casación ahora examinado*. La eficacia, a estos efectos, del laudo ya dictado es distinta de la que

modo, pues la irrevocabilidad de las resoluciones judiciales y su contenido, que se protege a través de esta institución, es una característica esencial de la jurisdicción misma y pilar básico del ordenamiento³⁶⁹. Puede decirse con GÓMEZ COLOMER³⁷⁰ que se trata de un auténtico presupuesto procesal autónomo relativo a los efectos del proceso.

La dificultad fundamental que existe para considerar desde este punto de vista la cosa juzgada es su configuración legal como excepción³⁷¹. Sin embargo, la mayoría de los autores coinciden en que ello no impide su apreciación de oficio³⁷², como, por otra parte, ha admitido la jurisprudencia.

posee el convenio arbitral, pues éste debe ser alegado, por la parte a quien interese, como excepción. Pero, una vez interpuesta, es equiparable a una exención de jurisdicción. Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. “Caracteres principales de la casación civil en la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Rev. de Derecho Procesal* 1985, núm. 1. pág. 85, que, sin embargo, considera que las sentencias contrarias a la cosa juzgada deben entenderse incluidas en el núm. 3º del art. 1692 (pág. 88).

369. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil*. cit. pág. 213.

370. Cfr. *Derecho Jurisdiccional*. ob. col. cit. T.III pág. 274, y lo relaciona con la litispendencia a la que da el mismo carácter. Lo cuál debe llevar consigo la posibilidad de apreciación de oficio por el juzgador.

371. O como artículo de previo pronunciamiento, según dispone la LECrim en su art. 666. 2º.

372. Cfr. PRIETO CASTRO L. *Derecho procesal* Ed. Tecnos. Madrid, 1978. T.II, vol. I, pág. 198, quien ponía de manifiesto que la apreciación de oficio sería lo más acorde con la función pública que cumple la cosa juzgada. FECNECH-CARREAS, *Estudios...* cit., pág. 286; VERGÉ GRAU *La nulidad...* cit. Pág.141 y FERRERES COMELLA, V. “El tratamiento...” cit., págs. 927 y ss. entre otros. Lo cual, como veremos más adelante, es ya doctrina jurisprudencial consolidada.

La propia emisión por el órgano jurisdiccional de la sentencia, una vez firmada supone en cierto modo una pérdida de jurisdicción para realizar cualquier actuación procesal que no sea la admisión de recursos contra la sentencia o su ejecución, cuando proceda³⁷³. Constituye por tanto, un auténtico límite de la jurisdicción de cada órgano, que surge de la propia LOPJ³⁷⁴.

Debe tenerse también en cuenta el límite que supone, para el ejercicio de la función jurisdiccional, la petición realizada por las partes. Como ya vimos en su momento³⁷⁵, esa solicitud de tutela está en la base del ejercicio de la función jurisdiccional, y, en consecuencia, lo que el órgano decida fuera de ella, cae dentro del exceso en el ejercicio de la jurisdicción³⁷⁶. La fundamentación de la necesidad de congruencia se ha hecho desde diversas perspectivas. Para FENECH la exigencia de congruencia en las sentencias deriva del principio general de que la justicia civil es rogada³⁷⁷. Para SERRA, por el contrario, la incongruencia, en tanto violación del principio dispositivo, constitu-

373. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado ...* cit., 1985. T.I. pág. 784. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El incidente de nulidad...” cit., pág. 67. GÓMEZ DE LIAÑO, F. “Nulidad de actuaciones y la Constitución” en *Rev. La Ley* 1989, Núm. 2165 de 14 de febrero.

374. Cfr. art. 267 LOPJ, así como del art. 363 de la LEC.

375. Vid. *supra*, pags. 90 y ss.

376. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso* cit., pág. 115. En sentido similar VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., págs. 151-154, aunque fundamentándolo en el principio dispositivo y utilizando la categoría de la inexistencia.

377. FENECH, M. *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*. Madrid, 1959. T.II, pág. 2901. Aunque de la jurisprudencia que cita, en concreto de la S. de 24 septiembre de 1928, puede deducirse que también está implicado el principio de prohibición de la indefensión.

ye un exceso o defecto de jurisdicción que en el plano teórico sería perfectamente subsumible en el art. 1692.1 de la LEC³⁷⁸.

Su naturaleza es discutida por dos motivos fundamentales: el momento extremo en que se produce y su ubicación anterior entre los motivos de casación por infracción de ley o doctrina legal. Actualmente, parece que no plantea excesivas dudas³⁷⁹ el que la infracción de las normas relativas a la formación de la sentencia debe entenderse como *quebrantamiento de forma*. Y, aunque en la nueva regulación no tenga esta inclusión relevancia procedimental, sí debe tenerla en cuanto a su conceptualización como motivo de nulidad³⁸⁰. El que la apreciación de la incongruencia no lleve consigo la retroacción del procedimiento en

378. Vid. *Estudios...* cit., págs. 419 y ss., con independencia de que, por razones sistemáticas se haya incluido en el motivo 3º del art. 1962. En este sentido cfr. tb. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 154.

379. En términos generales, pues a la hora de individualizar los distintos tipos de incongruencia, podrían surgir dudas, como ha puesto de manifiesto PRIETO CASTRO, L. “El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción” en *Trabajos y orientaciones...* cit., pág. 290, como p. ej. respecto de las contradicciones en el fallo o la omisión de pronunciamiento sobre algo de lo pedido.

380. O de anulabilidad, por aplicación de la dogmática tradicional. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., pág. 152. No puede decirse que haya acuerdo al respecto, pues incluso determinados supuestos de incongruencia se conciben como causa de *inexistencia*. Vid. p. ej. GUASP, J. *Derecho procesal civil*. cit. T.II. pág. 842; VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., pág. 153, que se apoya en lo apuntado por SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit., pág. 410 (quien además en *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 632, no incluye el inciso primero del motivo 3º entre los medios para denunciar la nulidad). En mi opinión la incongruencia de una sentencia no elimina su apariencia de juridicidad, y por tanto no puede considerarse inexistente debiéndose utilizar los cauces procesales establecidos para su anulación.

el orden civil tiene su razón de ser, como ya vimos, en el momento tan extremo en el que dicha nulidad se aprecia, que permite, en opinión del legislador, que el tribunal del recurso dicte otra resolución. Lo cual es posible dado que en este orden jurisdiccional no rige el principio de inmediación³⁸¹.

En la regulación del recurso de casación la incongruencia no ha estado nunca incluida dentro del exceso de jurisdicción. Pero el motivo de ello es que ha contado siempre con una referencia legal expresa³⁸². En la LOPJ no existe ninguna norma similar que permita considerarla como infracción invalidante. Su configuración como presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción, puede permitir considerarla incluida dentro del núm. 1º del art. 238. Es decir, dentro de los actos realizados con falta de jurisdicción. Y ello en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, pues en todos ellos el tribunal no puede decidir *extra petita*³⁸³.

381. No es obstáculo a esta afirmación el que determinadas actuaciones judiciales requieran necesariamente la presencia del juez, pues el principio de inmediación requiere que se asegure la identidad entre el juez que conoce del proceso y el que dicta la sentencia. Cfr. EISNER, I. *La intermediación en el proceso* ed. Depalma, Buenos Aires, 1963. Pág. 71; cosa que no ocurre en nuestro proceso civil.

382. En la regulación vigente dentro del motivo 3º del art. 1692 de la LEC, en el que se contempla la infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

383. Al menos por exceso. En el proceso penal es posible decidir *extra petita* por defecto, ya que el Tribunal puede siempre absolver, sean cuales sean las peticiones de las partes. El Juez o Tribunal puede igualmente, en el proceso penal, determinar libremente la pena, sin quedar vinculado a las peticiones de las partes. Cfr. al respecto STS 29 de febrero de 1988 R. 1309; 13 de junio de 1988 R. 5269; 13 de febrero de 1989 R.1553 y 11 de noviembre de 1991 R. 8022. No obstante, le está vedado al tribunal el que, a

Las consideraciones precedentes harían posible incluir también en este apartado 1º del art. 238, como actos realizados con falta de jurisdicción, a aquellas resoluciones que infrinjan la prohibición de reforma peyorativa, pues no es sino una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia³⁸⁴. El resto de las infracciones de las reglas de formación de la sentencia habrán de ser incluidas en el núm. 3º del art. 238.

Existe no obstante otra posibilidad de fundamentación de la necesidad de congruencia, que tiene su origen en la jurisprudencia del TC y que, además de su corrección técnica, es definitiva de cara a la configuración de la incongruencia como motivo de nulidad. El TC ha fundamentado la obligatoriedad de la congruencia en la necesidad de respetar los principios de contradicción y defensa. Pone de manifiesto el TC³⁸⁵ que los pronunciamientos *extra petita* alteran los términos del litigio, de tal modo que la condena se produce sin haber dado a las partes la oportunidad de defenderse sobre los términos en que el tri-

través del cambio del punto de vista jurídico incluya circunstancias agravantes no invocadas (cfr. STS de 21 de abril de 1987). Vid. al respecto ORTELLS RAMOS, “Correlación entre acusación y sentencia” en *Rev. Justicia* 1991. Núm. III, págs. 529 y ss. Por lo que se refiere a la doctrina de la *pena justificada*, que permite la condena por delito distinto, sin planteamiento de la *tesis*, siempre que sea de igual o menor gravedad y concurren las circunstancias de identidad del hecho punible y homogeneidad de ambos delitos, LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990. Pág. 153, considera que se trata de una doctrina de constitucionalidad más que dudosa.

384. Vid. STC 143/88 de 12 de julio. Cfr. tb. entre otras muchas, SSTC 15/87 de 11 de febrero; 186/87 de 23 de noviembre y 153/90 de 5 de octubre.

385. Vid. SSTC 20/82 de 5 de mayo y 125/92 de 28 de septiembre.

bunal resuelve el asunto³⁸⁶. De acuerdo con esta fundamentación, la infracción de la congruencia en las sentencias debe incardinarse como motivo de nulidad en el núm. 3º del artículo 238. Incardinación que, como veremos, tiene trascendencia a la hora del acceso al recurso de amparo³⁸⁷.

2. La falta de competencia objetiva o funcional

Si a la hora de analizar el contenido del término falta de jurisdicción, hemos entendido ésta como potestad y como ámbito genérico de ejercicio de la misma, la competencia es la concreción de ese ámbito para cada órgano jurisdiccional respecto de un asunto concreto³⁸⁸. La competencia objetiva por razón de la materia³⁸⁹ puede determinar, dentro de un orden jurisdiccional,

386. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. págs. 151-154. Lo cual, además pone de manifiesto la necesidad de aplicar con extremado cuidado el principio *iura novit curia*.

387. Vid. *infra*, pág. 352. Con respecto a la *incongruencia omisiva* el TC la considera violación del derecho de defensa, y podría considerarse tb. incluida en el núm. 3º del art. 238. Cfr. SSTC 161/93 de 17 de mayo y 165/93 de 18 de mayo, aunque, en mi opinión, no se trata de un supuesto de nulidad.

388. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit., pág. 346.

389. Suele distinguirse a modo de subespecie de la competencia objetiva, en el orden civil, la que se establece por razón de la cuantía. Pero, independientemente de la escasa relevancia competencial que tiene desde la L.34/84, lo cierto es que conceptualmente no parece imprescindible esa distinción. Como sucede, p. ej., en el orden penal, en el que dentro de la competencia por razón de la materia se utilizan diversos criterios: el de la magnitud de la pena, por un lado y el de la especie delictiva por otro.

qué órgano debe conocer en primera instancia³⁹⁰. La competencia territorial determina, dentro de los de un mismo orden y un mismo grado qué órgano debe conocer³⁹¹. Y, por último, la competencia funcional³⁹² determina, dentro de un orden jurisdiccional el órgano que debe conocer en segunda instancia o en el recurso.

Hay actualmente una tendencia, merecedora de todo elogio, a la simplificación de las normas de atribución de competencia; fundamentalmente a través del establecimiento de órganos de primera instancia con competencia residual³⁹³. No obstante, nuestro sistema sigue siendo de una notable complicación, pues no faltan supuestos en los que la competencia objetiva se determina por criterios territoriales³⁹⁴ o es modificada en razón del establecimiento de fueros especiales³⁹⁵. La posibilidad de error en la determinación de la competencia objetiva de un ór-

390. Según establece el art. 53 de la LEC *para que los jueces y Tribunales tengan competencia se requiere: 1º Que el conocimiento del pleito o de los actos que intervengan esté atribuido por la Ley a la autoridad que ejerzan. 2º que les corresponda el conocimiento del pleito o acción con preferencia a los demás jueces o tribunales de su mismo grado.*

391. La determinación del órgano concreto se complementa con las normas de reparto. Pero la infracción de tales normas no está protegida por la nulidad. Cfr. STS 22 de octubre de 1985 R. 4960. Salvo que, además, haga incurrir al juez en causa de recusación; si fuera voluntaria sería motivo de revisión.

392. Que como pone de manifiesto FAIRÉN GUILLÉN, V. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Rev. de D. Priv. Madrid, 1955. Pág. 226, *puede ser conceptuada como competencia objetiva cualitativa.*

393. Cfr. arts. 85, 91 y 93 LOPJ.

394. Vid. p. ej. art. 75.1º de la LOPJ.

395. Con respecto a la constitucionalidad del establecimiento de fueros especiales vid. STC 55/90 de 22 de marzo.

gano depende fundamentalmente de la existencia de diversos órganos de *primera instancia*. Así en el orden civil, con la desaparición de los juzgados de distrito, los juzgados de primera instancia se configuran de manera acorde con su denominación. Lo mismo sucede en el orden social. Por el contrario en los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso administrativo, las posibilidades de error son mayores.

A los efectos de nulidad, es necesario advertir que, como decíamos más arriba para la ausencia de jurisdicción, el criterio de la ostensibilidad puede ser de gran utilidad; de modo que cuando existan discrepancias en torno a la determinación de la competencia, no debe entrar en funcionamiento la categoría de la nulidad³⁹⁶. Pero este ajuste de la aplicación de la nulidad debe ser hecho con sumo cuidado, pues puede dar entrada a criterios arbitrarios. Las normas de competencia objetiva y funcional son de carácter absoluto e inderogables y protegen el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. No pueden, en consecuencia, ser objeto de modificaciones arbitrarias³⁹⁷.

396. A los efectos del acceso al proceso de amparo constitucional, es evidente que no puede fundamentarse esta infracción en la discrepancia con la valoración hecha de las circunstancias que integren las reglas de competencia por la jurisdicción ordinaria. Vid. *infra*, pág. 352.

397. Ni siquiera cuando el órgano que incompetente es jerárquicamente superior. Cfr. ATS de 29 de octubre de 1973 R. 3992 en el que se declara la nulidad de actuaciones en un proceso seguido ante la Audiencia Provincial que debería, en razón de la pena máxima que se solicitaba, haberse seguido ante el Juzgado de Instrucción. A primera vista el argumento esencial de esa declaración de nulidad consiste en que se ha producido una *infracción total de las normas procesales sobre competencia y procedimientos, normas de orden público procesal, cuya observancia es inexcusable*. Sin embargo, la motivación fundamental del citado auto, es que con la atribución del cono-

La ausencia de la incompetencia territorial en el art. 238.1º de la LOPJ es perfectamente coherente tratándose de una norma de aplicación general. La regulación de las normas de competencia territorial es diferente en los distintos ordenamientos procesales, e igualmente lo es su trascendencia en el proceso. En el orden civil es, en principio, disponible aunque hay una apreciable tendencia a excluirla de la disposición de las partes³⁹⁸, estableciéndose en determinados supuestos la posibilidad de que el propio órgano la examine de oficio³⁹⁹. No obstante el art. 115 LEC declara, con carácter general, la validez de las actuaciones realizadas por órgano territorialmente incompetente sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal que sea declarado competente⁴⁰⁰.

cimiento del asunto a la AP, se privaba al justiciable del recurso de apelación, *que garantiza sus derechos con más amplitud, puesto que permite el conocimiento del fondo del asunto en más amplia dimensión que empleando otra vía de cauces más estrechos, motivos tasados y limitación de conocimiento de los defectos o infracciones señalados por las partes intervinientes en el proceso.*

398. Cfr. MARTÍN OSTOS, J. “De las cuestiones de competencia” en *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. pág. 134. Tendencia acentuada tras la L 10/92 de 30 de abril de medidas urgentes de reforma procesal. Cfr. SAAVEDRA GALLO, P. *Comentarios sobre la reforma procesal.* (Ob. col. coord. por Fernando Gómez del Liaño). Ed. Forum. Oviedo, 1992. Págs. 85-86.

399. Vid. arts. 717 y 1440 de la LEC Y art. 32 del D. de 21 de noviembre de 1952.

400. El TC en S. 105/87 de 22 de julio y 102/87 de 17 de julio, ha matizado el contenido de este artículo al restringirlo a aquellas actuaciones, como la admisión de la demanda, notificaciones, embargos de bienes u otros que supongan actividades de aseguramiento y dirección del proceso, que no supongan un menoscabo de los derechos constitucionales de las partes a ser

El ordenamiento procesal penal prevé expresamente la improrrogabilidad de la competencia⁴⁰¹, aunque establece la validez de las actuaciones de investigación realizadas por órgano incompetente territorialmente⁴⁰². Lo mismo se establece para la jurisdicción Administrativa, en el art. 8º de su Ley Reguladora, que dispone la improrrogabilidad de la competencia, que será examinada de oficio por las propias salas.

Por tanto, con carácter general no puede decirse que la infracción de las normas de competencia territorial sea susceptible de valorarse como causa de nulidad. Ese es, muy probablemente, el motivo por el que el núm. 1º del art. 238 no la incluye expresamente⁴⁰³. Pero nada impide que en las leyes procesales de cada orden jurisdiccional, en supuestos concretos o con carácter general, así se determine.

3. Actos judiciales realizados bajo violencia o intimidación

Vimos más arriba cómo desde una consideración ideal — esto es, sin referencia a una normativa concreta— del proceso, la voluntad, como elemento de los actos, sólo podía tenerse en

oídas y hacer las alegaciones pertinentes. Por su parte, la STS de 22 de diciembre de 1986 R. 7546, declara que lo sustanciado tras el requerimiento de inhibición que no conduzca a sustanciar la competencia, salvo lo previsto en el art. 114 de la LEC es nulo.

401. Vid. art. 8 de la LECrim.

402. Vid. Libro Primero, Tit. II, cap. II de la LECrim. especialmente art. 22.

403. Cfr. STS. de 30 de enero de 1990 R.A. 1467.

cuenta en supuestos determinados y de manera matizada, pues de lo contrario produciría graves perturbaciones. La voluntad del juez en la emisión de las resoluciones es tenida en cuenta, en efecto, por el legislador. Siguiendo los criterios de la legislación procesal preexistente⁴⁰⁴ sólo la violencia, o intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave son contempladas en el artículo 238 como supuestos de nulidad de pleno derecho, que obligan a la anulación de oficio de lo actuado. Sin embargo, opino que no debe tratar de construirse una teoría sobre la voluntad del juez con base en este precepto, pues no parece que haya sido esa la intención del legislador.

Para entender adecuadamente este precepto pienso que es necesaria una previa localización del mismo dentro de la regulación de la nulidad. En concreto debe destacarse que estamos ante el único supuesto en que un juez puede anular de oficio una resolución sin atenerse a los límites establecidos en el núm. 2º del art. 240; esto es, incluso después de que haya recaído sentencia definitiva y aunque ésta haya devenido firme. Es, por tanto, el único supuesto en el que no existe limitación alguna en el tiempo, ni en la naturaleza de la resolución para valorar la nulidad.

Al regular este supuesto, el art. 238 parece hacer referencia a las condiciones que deben darse para que esa nulidad se produzca. Sin embargo, a mi entender, esas especificaciones sobre la inminencia y gravedad del mal hay que entenderlas únicamente en relación a la prohibición de que los jueces puedan variar sus resoluciones una vez firmadas que se establece con carácter general. El supuesto del art. 238.2º, como queda dicho, se establece como excepción a dicha prohibición, y, al determinar las condiciones en que la excepción se produce, lo que hace

404. Vid. art. 422 LEC.

es poner de manifiesto su razón de ser y aportar al juez criterios de actuación.

Bajo ese punto de vista entiendo que no tiene sentido hacer una casuística sobre lo que debe entenderse por intimidación o violencia, o el significado que tiene la alusión a la racionalidad. El esquema está tomado de la regulación civil de la voluntad en el negocio jurídico. Pero, mientras en aquél se establecen criterios para que un tercero —el juez— aprecie la influencia del vicio en la voluntad del sujeto, en el presente caso es el propio sujeto que lo sufre el que aprecia esa influencia, y sobra, por tanto, toda calificación. Tanto si se trata de una suposición irracional, como si se trata de un mal notoriamente insuficiente para provocar una actuación contraria a la voluntad del juez, el hecho es que si ha tenido influencia en sus actos —cosa que nadie como él puede apreciar— puede y debe anularlos de oficio; con independencia de la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir.

De acuerdo con lo expuesto, consideramos inaplicable este precepto a los supuestos en los que la violencia o la intimidación es sufrida por las partes⁴⁰⁵. Podría admitirse que el juez anule de oficio las actuaciones cuando esta circunstancia llegue a su conocimiento, pero siempre sometido a los límites del núm. 2º del art. 240 de la LOPJ, antes de que haya recaído

405. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado...*, cit., 1982. T.I, pág. 553. Aunque algunos autores, cfr. p. ej. SERRA DOMÍNGUEZ *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. pág. 632, los consideran incluidos en el art. 422 de la LEC. Con respecto a las partes, los supuestos de ausencia de voluntad como el que puede darse en situaciones de incapacidad de hecho, que determinan un supuesto de indefensión extremo (cfr. GIMENO GÁMARA, R. “El incidente de nulidad de actuaciones” en *Revista de derecho Procesal* 1949, núm. 1. pág. 520, con base jurisprudencial), deben incardinarse en el núm. 3º del art. 238 de la LOPJ.

sentencia definitiva en cada una de las instancias⁴⁰⁶. Con posterioridad a la firmeza de la sentencia sólo queda a las partes el recurso de revisión⁴⁰⁷.

406. Vid. *infra*, págs. 249 y ss.

407. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit., pág. 553.

1. Dificultad hermenéutica del precepto

De una primera lectura del apartado tercero del art. 238 podría extraerse la conclusión de que el legislador, dentro de un mismo número, ha configurado dos supuestos más de nulidad de pleno derecho: por un lado la infracción consistente en prescindir total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento; y, por otro, la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa; añadiéndose la necesidad de que se haya producido indefensión.

Esta interpretación podría encontrar fundamento en la propia estructura gramatical de la norma, que parece separar los dos supuestos intercalando una conjunción alternativa. Pero entra en cierta contradicción con el esquema del art. 238, pues tratándose de una enumeración de supuestos de nulidad de pleno derecho, no deja de ser curioso que el legislador haya acumulado en un único apartado dos supuestos distintos⁴⁰⁸.

408. En este sentido se pronunciaba la enmienda 1251 al art. 259, núm 3º del Proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial (“Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Congreso de los Diputados, Serie A, número 118-I, de 19 de setiembre de 1985) en la que se proponía la separación de ambos

Sin embargo, esta postura, que advierte la existencia de dos supuestos distintos en el apartado tercero del art. 238, se enfrenta a una auténtica aporía interpretativa. Veamos por qué.

El primer supuesto de los contemplados hace referencia a la omisión total y absoluta de las normas *esenciales* de procedimiento establecidas por la Ley. Pues bien, el calificativo *esenciales* relativo a las normas de procedimiento es de difícil comprensión sin conexión con los principios procesales. Dentro de las normas procedimentales la distinción entre accidentales y esenciales sólo puede hacerse con referencia a los principios⁴⁰⁹.

Si considerásemos que todas las normas de procedimiento son esenciales en virtud de su carácter público e inderogable⁴¹⁰, el supuesto que ahora analizamos no podría darse nunca, pues resulta inimaginable que un proceso se lleve adelante prescindiendo total y absolutamente de las normas procedimentales. La esencialidad de las normas de procedimiento sólo viene determinada por el establecimiento de un orden de proceder que mantenga la igualdad y la contradicción entre las partes, la posibilidad de ser oído, etc. Pero nunca puede entenderse como una característica intrínseca de dichas normas, que son únicamente la manifestación externa del proceso: *instrumento del instrumento*.

Cabría considerar que, al hablar de omisión total y absoluta de las normas esenciales de procedimiento, el legislador se está refiriendo a los supuestos de inadecuación de procedimiento.

supuestos en números distintos y la mención de la indefensión sólo referida al segundo de ellos.

409. Vid. *supra*, pág. 129.

410. Opinión aparentemente aceptada durante algún tiempo, pero nunca realmente aplicada, por el formalismo exorbitante al que conduce. Vid. *supra*, pág. 129.

Pero lo cierto es que la utilización de un procedimiento en lugar de otro no puede considerarse equivalente a la exclusión total y absoluta de las normas de procedimiento, sino en todo caso a la infracción de dichas normas. Incluso desde este punto de vista, es difícil comprender qué sentido tiene la referencia a la *esencialidad*.

Así pues, la interpretación dualista del apartado tercero del art. 238 vuelve a enfrentarse con el eterno problema de la *esencialidad*, el cuál ha demostrado ya sobradamente su inutilidad práctica.

2. El artículo 238.3º como criterio general

Es posible otra interpretación, monista, que, partiendo de la comprensión global del apartado tercero, entienda que lo que en él se establece es un criterio general de aplicación de la nulidad al proceso. Esta es la postura que, en mi opinión, puede aportar una mayor claridad a la regulación de la LOPJ tal como trataremos de mostrar.

El criterio general se establece tomando como punto central la producción efectiva de indefensión⁴¹¹, en concordancia con lo establecido en el artículo 24.1 de la CE. Con ello no hace sino recoger un criterio subyacente en la generalidad de las formulaciones doctrinales sobre nulidad procesal⁴¹². Pero al

411. Que ya estaba presente en formulaciones legales anteriores a la LOPJ. Vid. p.ej. art. 1692.3º de la LEC., así como el anterior art. 1693, núm. 5º. Cfr. al respecto SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* ob.col. cit. pág. 842. En el mismo sentido MARTÍN DE LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit., pág.155.

412. Vid. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso* cit. pág. 205. Vid. tb. lo ya expuesto *supra*, págs. 129 y ss.

positivizarlo, se le otorga un apoyo normativo específicamente procesal, colmando la laguna que hacía necesario el recurso a las formulaciones del derecho privado.

Ha discutido la doctrina si la necesidad de que se produzca indefensión debe entenderse aplicable sólo al segundo de los supuestos contemplados o a ambos⁴¹³. Efectivamente, la redacción del precepto puede hacer dudar de la intención del legislador. Sin embargo, parece lógico que deba referirse a ambos supuestos, pues con respecto al segundo se trata de una redundancia: es impensable que un principio procesal pueda infringirse sin que ello conlleve consecuencias prácticas, pues la infracción del principio no se produce en abstracto, sino precisamente como consecuencia de un efecto determinado⁴¹⁴.

413. Como pone de manifiesto MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit., pág. 157, la disparidad de criterios en la jurisprudencia es notable: así v.gr. las SSTs de 22 de diciembre de 1986 R.7546; y la de 6 de junio de 1986 R. 3115 exigen la concurrencia de indefensión en ambos apartados; La STC 194/87 de 9 de diciembre y la STS 27 de mayo de 1986 R. 2712, la exigen únicamente en el segundo; y, por último, la STS de 23 de abril de 1985 R. 2126 entiende que es aplicable solamente al primero. A favor de la interpretación monista del precepto vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Introducción al derecho...* cit., pág. 282.

414. Siendo los principios criterios informadores del ordenamiento no contemplados en formulaciones normativas concretas, sino tan sólo deducibles de ellas, la comprobación de que el principio se ha infringido sólo puede llevarse a cabo desde la comprobación del efecto producido.

Los principios y garantías procesales como primer objeto de protección de la nulidad

Al establecer este criterio general, la LOPJ tiene en cuenta, sin duda, los distintos niveles de protección que deben establecerse en el proceso. Pero tiene también en cuenta que la protección de las normas de procedimiento no es un fin en sí misma, mientras que sí lo es —con respecto a la nulidad— la protección del proceso globalmente considerado.

En efecto, la infracción de cualquiera de los principios enumerados en este apartado del art. 238, independientemente de la observancia o no de las normas de procedimiento, puede provocar la nulidad de pleno derecho de las actuaciones judiciales⁴¹⁵. Lo cual supone que la regularidad de los actos procesales no depende exclusivamente de la escrupulosa observancia de las normas de procedimiento, sino que en cada momento debe atenderse, por encima de ellas, a la protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso⁴¹⁶.

Los principios expresamente contemplados por el legislador son los de asistencia, audiencia y defensa: ¿se trata de una enumeración ejemplificativa o exhaustiva? Ciertamente, desde el punto de vista científico, la enumeración no constituye precisamente un acierto. Pero debemos reconocer que en ella quedan englobados todos los principios fundamentales. Es más, cabría

415. Cfr. STC 102/87 de 17 de junio, en la que se anulan los actos realizados durante la tramitación de una inhibitoria, porque llegaron incluso a la conclusión del pleito con la sentencia de remate. Las normas de procedimiento se cumplieron, pero se causó indefensión.

416. En este sentido es interesante distinguir entre los actos judiciales *discrecionales* y los *reglados*. En los primeros puede producirse indefensión, pero nunca una infracción procedimental, mientras que en los segundos la infracción procedimental puede provocar o no indefensión.

decir que con sólo hacer referencia al derecho de defensa hubiera bastado, pues para que este principio sea respetado, se exige que los demás lo hayan sido⁴¹⁷.

El derecho —principio según la LOPJ— a ser oído, a comparecer en las actuaciones y dirigirse al órgano jurisdiccional es el primero que se establece y está incluido en el derecho a defenderse, aunque hace referencia principalmente a la posibilidad de alegación y tiene, por tanto, un contenido más restringido que el derecho de defensa.

El derecho de asistencia es más problemático, pues hace referencia sin duda al derecho de asistencia de letrado que no puede decirse que exista siempre, ya que en determinados procedimientos la intervención de este profesional no es necesaria. Sin embargo, adquiere sentido en relación con el principio de defensa —o, más precisamente, con el de igualdad de medios de defensa— y con el principio de contradicción⁴¹⁸. Según esto, se infringirá tal principio cuando, aun no siendo preceptiva la defensa a través de letrado, la utilización de los servicios de

417. Aunque no hay unanimidad al respecto. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., págs. 97 y 190, opina que el principio de audiencia incluye los de asistencia y defensa.

418. Cfr. SSTC 47/87 de 22 de abril; 112/87 de 2 de julio; 114/88 de 10 de junio; 237/88 de 13 de diciembre y 162/93 de 18 de mayo. Es interesante destacar que —según se dice en la última sentencia cit.—, la protección de este derecho de asistencia debe garantizarse con especial cuidado en el proceso penal en los casos de defensa de oficio, sin que baste el mero *nombramiento* de abogado para satisfacerlo. Cfr. tb. STEDH de 13 de mayo de 1980 (caso Artico).

este profesional por la contraparte, o sus condiciones personales, la sitúen en condiciones de desigualdad⁴¹⁹.

Por último el *principio* de defensa hace referencia a la libertad de las partes para alegar lo que estimen necesario para su defensa y utilizar todos los medios de prueba que consideren pertinentes, con la limitación establecida por el art. 11 de la LOPJ. En él está implícito el principio de igualdad procesal⁴²⁰, como igualdad de oportunidades de alegación y prueba, así como el principio de contradicción; y todos ellos están incluidos en la prohibición de indefensión que el propio artículo establece.

Sería temerario concluir que con el establecimiento de este criterio general el legislador ha consagrado un sistema de libertad formal en el proceso⁴²¹. Sin embargo, es preciso hacer notar que con él se avanza de manera considerable hacia una mayor elasticidad formal, situando las formas procesales en el lugar que realmente les corresponde. Esa modificación es drás-

419. Apreciación especialmente trascendente en la actualidad, cuando la L.O. 3/89 de actualización del Código Penal ha despenalizado gran parte de los daños y lesiones derivados de la circulación de vehículos a motor, remitiendo el ejercicio de las acciones civiles a los trámites del juicio verbal. Cfr. al respecto GÓMEZ DE LIAÑO, F. *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor* Ed. Forum. Oviedo, 1992. Págs. 265 y 266.

420. Cfr. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. *El derecho fundamental...* cit., págs. 461 y ss.

421. Temerario dada la legislación procesal española actualmente vigente. No obstante, parece previsible una evolución en este sentido, como sucede en las algunas leyes procesales extranjeras, cuya influencia en nuestro ordenamiento es notoria. Vid. p. ej. el art. 121 del CPC italiano. Cfr. al respecto MERCADER, A.A. "Proyecto de código de procedimiento civil" de Eduardo Couture" en *Rev. de Derecho Procesal*. 1947, primera parte, pág. 135.

tica desde el punto de vista del ordenamiento positivo. No lo es tanto ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, ni en la práctica forense habitual: podemos decir que en el art. 238.3º se produce una reconciliación entre la tendencia marcadamente formalista de nuestras leyes procesales y la realidad.

La protección de las normas de procedimiento

El legislador no ha querido ignorar la importancia de las normas de procedimiento. Por ello se hace referencia a la infracción de las normas de procedimiento como una de las posibles causas de nulidad. La redacción es desafortunada, pues se toma nuevamente de la LPA, sin tener en cuenta la experiencia negativa existente respecto de esa normativa. En efecto, se configura como causa de nulidad el hecho de prescindir total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento. Y tal redacción provoca una cierta perplejidad, pues puede estar haciendo referencia a dos tipos de infracciones:

a) se prescinde totalmente de las normas de procedimiento. En cuyo caso sobra el calificativo de *esenciales* como ya hemos visto, y, además, constituye un supuesto difícilmente realizable.

b) se prescinde de las normas esenciales de procedimiento. En cuyo caso lo que sobra es la referencia al carácter *absoluto* de la omisión. Si se prescinde o se ignora una norma esencial —pues no es pensable que el legislador esté considerando que sea necesaria una ignorancia acumulativa de varias normas esenciales— este hecho no admite matizaciones: se prescinde o no se prescinde.

Para poder entender lo que el legislador trata de establecer, además de tener en cuenta el origen de la redacción, es necesario integrar la norma con el último requisito que se establece.

Esto es, la necesidad de que se haya producido efectivamente indefensión. De tal modo que en nuestra opinión, sobran tanto la referencia a la esencialidad de las normas como a la necesidad de que la omisión sea total y absoluta. Bastaría con haber dicho *Cuando se prescinda de las normas de procedimiento establecidas por la Ley (...) siempre que en todo caso se haya producido indefensión*⁴²².

Es la indefensión lo que convierte a una norma de procedimiento en esencial, sin que sea posible apriorísticamente establecer cuáles normas son esenciales y cuáles no, pues incluso una norma puramente formal o de trámite, puede resultar esencial si con su omisión se coloca a una de las partes en situación de indefensión⁴²³.

422. Vid. STS de 19 de febrero de 1991. R. 851. La omisión –en la remisión de los autos– del ramo de prueba del recurrente se considera suficiente para integrar el supuesto del art. 238.3º; aunque en ese caso concreto se desestima la nulidad por no haberse producido indefensión ya que finalmente fue remitido a la Sala.

423. Vid. STC 62/82 de 15 de octubre; En la jurisprudencia del TS este criterio no es nuevo: vid. p. ej. SSTS de 4 de mayo de 1978 R. 2966; 30 de noviembre de 1978 R. 4450 y 1 de octubre de 1979 R. 3233. Más recientemente en la STS de 13 de marzo de 1986 R. 1320, en la que se dice que *de acuerdo con los principios que inspiran el hoy vigente art. 238 de la LOPJ, en relación con el art. 24 de la Constitución, sólo cabe entender que los actos judiciales son nulos de pleno derecho cuando los defectos formales afecten a los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se produzca indefensión*, realizándose en ella una clara toma de posición a favor de la posición monista que mantenemos en este trabajo. Aunque no puede decirse que sea una doctrina consolidada, cfr. STS de 27 de mayo de 1986 R. 2712. Como pone de manifiesto MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica probatoria*. Ed. Praxis. Barcelona, 1993. Pág. 94, *con respecto a la indefensión cada vez cobra más peso la tesis según la cual la indefensión*

Como fundamento de lo que decimos puede acudirse nuevamente al motivo tercero del art. 1692 de la LEC. En él se configura como motivo de casación el *quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión*.

Aparece aquí también la *inevitable* referencia a la esencialidad. Sin embargo, al precisar lo que debe entenderse como normas esenciales se hace referencia, por un lado a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia; y, por otro, a la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, cuando se haya producido indefensión para la parte⁴²⁴. Esta interpretación permite determinar con suficiente claridad cuáles son las infracciones que deben tener trascendencia al objeto de apreciar la nulidad de las actuaciones judiciales.

Se contempla en primer lugar la posibilidad de que se infrinjan los principios —*garantías*, en la dicción de la LEC— a pesar de haber observado las normas procedimentales. No se tratará de supuestos muy frecuentes, pues —como queda dicho— el diseño del procedimiento se hace siempre tratando de conseguir un doble objetivo: la ordenación de los distintos actos que permita al juez un correcto conocimiento del objeto del proceso, y la protección de los principios fundamentales del proceso. No obstante, existen supuestos en los que esas normas

no es un vocablo genérico ni un vocablo mágico ni un resultado automático de toda infracción procesal.

424. Vid. STS de 10 de abril de 1986. R. 1848, en la que se habla de defectos graves, obviando la referencia a la esencialidad, y se utiliza el criterio finalista.

procedimentales se convierten precisamente en un obstáculo, produciendo la indefensión de alguna de las partes⁴²⁵.

Por otro lado, se hace referencia a las condiciones en que la infracción de las normas procedimentales debe ser tenida en cuenta como causa de nulidad, estableciéndose el criterio de que sólo en la medida en que produzcan indefensión⁴²⁶. Y lo mismo cabe decir respecto de la *inadecuación de procedimiento*⁴²⁷.

3. Precisiones de la ley al criterio general

Según la interpretación que estamos haciendo del articulado de la LOPJ relativo a la nulidad procesal, los artículos 240 y ss. contienen diversas precisiones del legislador sobre la aplicación de la nulidad al proceso. Unos referidos a la valoración y efectos de la nulidad y otros a los medios de impugnación de los actos nulos.

Este esquema de comprensión de lo que la LOPJ establece, respecto de la nulidad, permite sortear algunas dificultades que

425. A modo de ejemplo pueden citarse todas las normas que se refieren a actos de comunicación, en las que, como tiene declarado el TC, no basta con la observancia de las disposiciones legales. Cfr. p. ej. STC 17/85 de 9 de febrero.

426. Ello plantea el problema, que trataremos de resolver más adelante, de si la aplicación de principios procedimentales como el de preclusión debe hacerse también teniendo en cuenta esta circunstancia o, por el contrario debe entenderse su vigencia absoluta por aplicación del principio de igualdad.

427. Sólo cuando suponga una merma de garantías respecto al que debió seguirse o afecte a la competencia objetiva o funcional. Cfr. STS de 10 de octubre de 1991 R. 6905.

se presentan cuando intentamos encontrar en ella las categorías típicas de ineficacia tradicionalmente aceptadas. Como apuntábamos más arriba, algunos autores como MARTÍN DE LA LEONA⁴²⁸, han tratado de ver en la regulación de la LOPJ una referencia del legislador a la categoría de la anulabilidad. Con gran agudeza pone de manifiesto este autor que, a pesar de que no se recojan las notas distintivas tradicionales (necesidad de ser denunciada a instancia de parte y subsanación tras la sentencia firme), la ley permite distinguir ambas categorías al introducir dos criterios peculiares: el cumplimiento del fin y la necesidad de indefensión.

Sin restar valor a esta argumentación, considero que tratar de fundamentar con base en la LOPJ, especialmente en el núm. 1º del art. 240, la existencia de otras categorías de ineficacia, trae como consecuencia el oscurecimiento de la regulación, sin que, por otra parte, permita llegar a soluciones satisfactorias desde el punto de vista práctico. Podemos decir que el legislador procede en línea descendente: tras establecer dos supuestos de nulidad concretos y un criterio general para su apreciación, va estableciendo, respecto a este último, determinadas precisiones de tipo restrictivo que permitan una correcta valoración y aplicación de la categoría.

428. Cfr. *La nulidad...* cit., págs. 132 y 177 y ss.; Cfr. tb. BORRADO INIESTA, I. “La nulidad...” cit. pág. 83. Vid. en el mismo sentido STS de 27 de mayo de 1986 R. 2712.

Los defectos de forma y su tratamiento diferenciado

– DEFECTOS DE FORMA Y DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO

El tema de la forma, en el ámbito jurídico, reviste una complejidad que no es posible abordar en este trabajo, y que se hace más patente en la rama procesal del derecho.

El origen de la peculiar problemática de la forma en el derecho procesal puede encontrarse en diversos factores. Entre ellos podría destacarse, en primer lugar, el pretendido carácter formal del derecho procesal⁴²⁹ que, de aceptarse, llevaría consigo la necesidad de dotar a la forma de los actos procesales de un tratamiento dogmático específico.

Lo expuesto más arriba sobre la naturaleza instrumental del derecho procesal, así como la distinción entre los distintos niveles de protección de sus normas, constituye una toma de posición anticipada sobre el tema⁴³⁰. La forma de los actos, en el ordenamiento procesal, tiene una relevancia peculiar en la medida en que es más necesaria que en cualquier otra actividad jurídica, como garantía de su regular y leal desenvolvimiento y de protección a los derechos de las partes⁴³¹. Pero ello no quiere decir que, como elemento de los actos, tenga un carácter distinto del que tiene en el resto del ordenamiento jurídico. El que ello se haya entendido así proviene, entre otras cosas, del formalismo que ha presidido la práctica forense en épocas anteriores.

Como expone CARNELUTTI, *no se puede atribuir un efecto jurídico (a un acto) sin determinar su forma, por lo que, toda*

429. Vid. p. ej. STC 79/85 de 3 de julio.

430. Vid. *supra*, págs. 128 y ss.

431. Cfr. LIEBMAN, E.T. *Manuale di diritto processuale civile*. cit. T.I, pág. 201.

*atribución de juridicidad a un acto equivale a su regulación formal, esto es a la disposición de lo que debe existir físicamente para que algo exista jurídicamente (...). La regulación formal es el mínimo de la regulación jurídica de un acto*⁴³². El concepto de forma utilizado aquí por CARNELUTTI hace referencia no sólo al modo de exteriorización del acto, sino a algo más amplio: *la forma del acto es el hecho en que el acto consiste*⁴³³.

Desde esta perspectiva todo el ordenamiento jurídico —y no sólo las normas procesales— es formal. Pero, como más adelante explica el mismo autor⁴³⁴, así como la regulación formal es el mínimo de regulación jurídica del acto, dentro de la forma, la regulación formal mínima es el contenido y el otro elemento formal sería el modo, es decir la manifestación externa de ese contenido, que puede ser libre. Nos encontramos, pues, con dos conceptos de forma, uno amplio, esencial a todo acto jurídico, y otro estricto, referido a la manifestación externa del contenido, que es el que a nuestros efectos interesa.

La determinación de lo que deba entenderse como elemento integrante de esa manifestación externa ha dado lugar a diversas opiniones en la doctrina. Sintéticamente puede decirse que hay dos posiciones fundamentales: una extensiva, que parte de la forma como conjunto de *exigencias exteriores establecidas por la ley para la eficacia y validez del acto*⁴³⁵, incluyendo

432. CARNELUTTI, F. *Instituciones...* cit., pág. 273.

433. Id. pág. 273.

434. Id. nota anterior.

435. Cfr. LIEBMAN, E.T. *Manuale di diritto processuale civile*. cit. T.I, pág. 201; En el mismo sentido MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal* ob. col. cit., 1988. T.I. vol.I, págs. 194, aunque, a continuación, utiliza el término en sentido restringido al enumerar los requisitos de los actos: lugar, tiempo y forma, concibiendo ésta como la *manera en la que han de*

entre sus elementos el tiempo y el lugar; y otra restrictiva que parte de la forma como *apariencia externa del acto*⁴³⁶. Existe además una terminología legislativa que aumenta la confusión. Así, hay diversos supuestos en los que nuestras leyes procesales hacen referencia a la forma queriendo referirse al procedimiento⁴³⁷. En todos estos casos entiendo que estamos ante una sinécdoque legislativa que designa el género (las normas procedimentales) por la especie (normas reguladoras de la forma de los actos)⁴³⁸. Porque lo cierto es que las normas procedimentales no regulan únicamente la forma de los actos, sino también su contenido, sus efectos, el tiempo y el lugar en el que deben realizarse⁴³⁹.

Estas discrepancias terminológicas, junto a la dificultad de aislar, en determinados supuestos, las normas reguladoras de la

producirse los actos, incluyendo en ella el modo de expresión, el idioma y la publicidad. El mismo criterio utilizan, entre otros, RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*. cit., 1990. T.I. pág. 363 y ss. y MARTÍN DE LA LEONA E., J.M. *La nulidad...* cit. págs. 64 y ss.

436. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional* ob. col. cit. 1991. T.I. pág. 572.

437. Cfr. p.ej. art. 1 de la LEC hace referencia a que quien haya de comparecer en juicio lo hará en la *forma* ordenada por esta Ley. Cfr. tb. art. 1692.3º del mismo cuerpo legal.

438. Cfr. DE LA PLAZA M. *Derecho procesal civil* cit. Vol.I, págs. 451-453, quien distingue entre los defectos de procedimiento en sentido amplio y los defectos de forma. Cfr. tb. el § 295.I de la ZPO alemana, que habla de la infracción de las normas reguladoras del procedimiento y de la forma. Vid. sobre ello GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil* cit., pág. 321.

439. De ello son un ejemplo las normas procedimentales contenidas en el Libro III de la propia LOPJ.

forma⁴⁴⁰ y la multitud de actos procesales que consisten en actuaciones físicas —en las cuales la regulación de la forma y el procedimiento están prácticamente confundidas⁴⁴¹—, hacen de dudosa utilidad práctica el intento de fundamentar la interpretación del art. 240.1 de la LOPJ en un concepto dogmático de forma⁴⁴². Por ello, dejando de lado las complejas consideracio-

440. La forma, en cuanto manifestación externa de un contenido, está en muchas ocasiones confundida con él. Así, cuando el legislador determina que la sentencia debe redactarse por el juez y autorizarse la publicación por el secretario (Cfr. art. 364 LEC), está haciendo referencia a la forma de dicha resolución. Pero cuando, además, dice que si *hubieren sido varios los puntos litigiosos se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos* (art. 359 de la LEC), está haciendo referencia a ambas cosas. Y la infracción de este precepto no puede catalogarse, en abstracto, como defecto de forma o como defecto de fondo. Igualmente existen determinados requisitos de los actos —como p. ej. los relativos a los documentos que deben acompañarse—, cuya catalogación como normas formales no está exenta de problemas; especialmente si el contenido del documento hace referencia a actividades que constituyen auténticos requisitos de procedibilidad (p. ej. la copia del acta del intento de conciliación en el proceso laboral) Cfr. al respecto RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil*, cit., 1990. T.I. pág. 363 y ss.

441. En ellas las dos acepciones fundamentales del término *forma* (como apariencia externa y como modo de proceder) son plenamente aplicables. Vid. p. ej. la identificación realizada entre forma y formalidades por VÉSCOVI, *Teoría general...* cit., págs. 298, 302 y 303. Así, todas las normas que regulan las audiencias, las daciones de cuenta, los actos de documentación, la formación de los autos, el modo de proceder en las vistas, etc. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional* Ob. col. cit., 1991. T.I. Pág. 573. Cfr. MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 182 y jurisprudencia allí cit.

nes que podrían hacerse al respecto, es preferible partir de la propia norma y de la finalidad que el legislador pretende, en la medida en que pueda conocerse, pues de ese modo se asegura la validez de las conclusiones.

Cuando hablamos de *defecto de forma*, estamos utilizando el término con un significado más restringido. Si todo acto jurídico tiene como elemento indispensable la forma, cuando nos referimos al *defecto de forma* de un acto jurídico, lo que estamos indicando es que el legislador ha establecido una forma determinada; ha regulado la forma de un acto de tal modo que no sólo debe tener forma, sino que ésta debe adecuarse precisamente a la establecida por el legislador. Las consecuencias de una eventual discrepancia en este punto pueden ser de diverso tipo, aunque en muchas ocasiones no están previstas con claridad⁴⁴³. Sólo en algunos supuestos, determinados requisitos de forma se establecen expresamente bajo pena de nulidad.

Esta delimitación del campo en el que debemos movernos permite obviar las dificultades terminológicas y conceptuales antes mencionadas. De algún modo puede decirse que el legislador, lejos de cualquier pretensión dogmática, ha tratado de poner de relieve la función instrumental de la forma⁴⁴⁴. En

442. No sucede lo mismo con la Ley 34/84 de 6 de agosto al diferenciar entre la *falta de presupuestos y requisitos*, y los *defectos* (art. 693, 3º y 4º LEC), podría servir de base adoptar la acepción más restrictiva de forma.

443. Como sucede en gran medida en el ordenamiento procesal, dando lugar en algunos casos a un formalismo *no sólo innecesario o superfluo, sino también ingenuo, por cuanto la inobservancia del requisito prescrito no siempre produce la nulidad*, como pone de manifiesto PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit., 1985. T.I, pág. 559.

444. Cfr. LOZANO-HIGUERO PINTO, M. “Apuntes sobre la preclusión... cit., págs. 231-232.; En el mismo sentido, MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit., págs. 179 y ss.

efecto, con el término defecto de forma el legislador hace referencia siempre a dos tipos de infracciones: por un lado aquellas que en nada influyen para la consecución del fin del acto⁴⁴⁵ y por otro a aquellas infracciones formales cuya producción lleva aparejada la nulidad por determinarlo así la Ley, esto es, establecidas *ad solemnitatem*. Es en este marco donde hemos de encontrar la justificación del tratamiento diferenciado de los defectos de forma.

Como hemos visto, los defectos de forma deben ser considerados una especie dentro del género de los defectos procedimentales y, por tanto, implícitamente incluidos en el apartado 3º del art. 238. El tratamiento diferenciado de estas infracciones no puede tener otro sentido que el de impedir el formalismo que podría derivarse de una interpretación extensiva de ese precepto. Se trata de una manifestación muy relevante de la tendencia a desvincular la nulidad de la mera inobservancia formal, en consonancia con la flexibilización de la forma. Como ha puesto de manifiesto GÓMEZ DE LIAÑO, *en la evolución conceptual del derecho procesal, se aprecia un progresivo abandono de los formalismos, importantes en sus orígenes, e incluso en su desarrollo, y que en la actualidad se presentan como absolutamente incompatibles con las orientaciones que se imponen con carácter principal en orden a la búsqueda de la resolución de fondo que proporcione la tutela pretendida, con prevalencia de las reglas de la buena fe, y lejos de cualquier abuso jurídico que pueda ampararse en interpretaciones cerradas y obstaculizantes de las normas procesales*⁴⁴⁶.

445. Claramente puede extraerse de lo dispuesto en el art. 11.3 de la LOPJ.

446. *Abogacía y proceso*. Ed. Forum. Oviedo, 1990. Pág. 17. Cfr. en el mismo sentido BAPTISTA MARTINS, P. “De las nulidades en el proceso

– EL ANTIFORMALISMO COMO CRITERIO INTERPRETATIVO

Tomando como punto de partida las consideraciones anteriores, es decir, la finalidad fundamentalmente antiformalista del precepto, el apartado primero del art. 240, podría esquematizarse del modo siguiente:

a) *La nulidad de pleno derecho, en todo caso, (...) se hará valer por medio de los recursos establecidos por la Ley contra la resolución de la que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.*

Se hace referencia aquí a la denuncia de la nulidad de pleno derecho, estableciendo la necesidad de hacerla valer siempre — *en todo caso*— por medio de los recursos establecidos contra la resolución de que se trate o los demás medios procesales. Sobre ello volveremos al tratar de los medios de impugnación de los actos nulos⁴⁴⁷.

b) *Los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos por la Ley para la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.*

Aparentemente está regulando la impugnación de los defectos de forma. Pero parece más lógico pensar que lo que hace en realidad es establecer *qué defectos de forma son susceptibles de provocar la nulidad*. No trata tanto de referirse a los medios de

civil brasileño” en *Revista de Derecho Procesal* (Argentina) 1944, Núm. 3. págs. 381-397.

447. Con esta disposición el legislador aleja el *fantasma* de la perpetuidad y funcionamiento automático de la nulidad de pleno derecho, optando por adecuar sus deseos a los límites del ordenamiento jurídico.

impugnación, que son los mismos, como de establecer un criterio de valoración. O, más en concreto, una precisión al criterio general del núm. 3º del art. 238.

El contenido del precepto podría, por tanto, formularse de la siguiente manera: *La nulidad de pleno derecho se hará valer en todo caso por los recursos establecidos en las leyes procesales contra la resolución de que se trate y los demás medios. Sin embargo, los defectos de forma sólo podrán provocar la nulidad de un acto cuando impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o provoquen efectiva indefensión.*

La única objeción que podría hacerse es la conjunción “y” que separa *la nulidad de pleno derecho* de *los defectos de forma* en la redacción legal. Cabe entender, desde luego, que por medio de ella el legislador establece una distinción entre los dos supuestos. Distinción que no respeta la formulación que hemos propuesto como explicación de su contenido. Sin embargo, la interpretación que proponemos puede hacerse perfectamente sin forzar el sentido de las palabras pues, por medio de esa conjunción, el legislador, *a sensu contrario*, puede estar tratando de excluir como causa de nulidad todas las infracciones formales que no cumplan los requisitos allí establecidos⁴⁴⁸.

La elección de esta interpretación no es aleatoria sino que viene exigida por la propia coherencia interna de la norma, y tiene su base también en la normativa italiana de la cual está tomada. Trataremos de ponerlo de manifiesto analizando las

448. También podríamos decir que el legislador está incluyendo las infracciones formales que cumplan estos requisitos. Sin embargo, pienso que es clara la intención restrictiva y no extensiva de la Ley. Vid. *infra*, epígrafe siguiente.

condiciones bajo las cuales, por disposición de la LOPJ, un defecto de forma puede provocar la nulidad⁴⁴⁹.

– CONDICIONES DE LOS DEFECTOS DE FORMA PARA SER RELEVANTES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA NULIDAD

a) *El incumplimiento del fin*

En primer lugar se refiere el legislador a los defectos de forma que *impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin*. Ténganse en cuenta las consideraciones hechas más arriba sobre los defectos de forma, pues la propia ley nos da los parámetros para establecer lo que debe entenderse por defecto de forma a los efectos de valoración de la nulidad, optando, como ya hemos dicho, por lo que podríamos denominar la *acepción residual*.

La referencia a la finalidad del propio acto, es una llamada de atención sobre el carácter instrumental de la forma, y pone de manifiesto que no todas las normas formales tienen trascendencia en el proceso y, por ello, sólo la infracción de algunas puede ser tenida en cuenta como causa de nulidad⁴⁵⁰.

449. Por lo demás es la interpretación acogida por el TS en la sentencia de 24 de febrero de 1992 R. 1424, en la que al hablar del precepto que estamos comentando dice que *establece que la nulidad de pleno derecho cuando se hubiesen producido defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, determinen efectiva indefensión en relación con los dispuesto en el art. 238.3º de dicha Ley (...) se hará valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra las resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales*.

450. Con respecto al ordenamiento francés cfr. HERON, J. *Droit judiciaire...* Pág. 124, quien pone de relieve el origen jurisprudencial de la regla

Comparando este precepto con el equivalente del ordenamiento italiano, da la sensación de que el legislador ha complicado innecesariamente las cosas. El art. 156 del CPC italiano habla de la *falta de requisitos formales* para la consecución de su finalidad: es decir, la infracción de normas relativas a la forma de los actos procesales. Por el contrario nuestra LOPJ habla de los *defectos formales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar la finalidad del acto*.

Esta redacción presupone una distinción de planos que puede explicarse de la siguiente manera: la reglamentación de la forma va encaminada siempre a garantizar el cumplimiento de determinados requisitos. No existe, por consiguiente, una identificación entre el cumplimiento de esos requisitos —que las normas reguladoras de la forma tratan de garantizar— y el cumplimiento de las normas formales. Así, existen actos formalmente perfectos en los que los requisitos que la forma pretende garantizar no se han cumplido, y al revés. Puede, p. ej., levantarse acta de una comparecencia consignando la presencia del titular del órgano judicial sin que éste haya estado presente; y, por el contrario, puede que se haya omitido en el acta la firma del juez que realmente estuvo en la comparecencia.

Este es el sentido que puede tener la distinción de la LOPJ entre los *requisitos indispensables para alcanzar su fin*⁴⁵¹ y los *requisitos formales*, cuya omisión provoca los defectos de for-

del cumplimiento del fin como determinadora de la sustancialidad de la forma.

451. N.B. que la *indispensabilidad* se refiere, en mi opinión, a los requisitos del acto y no a los requisitos formales, los cuales por definición son siempre dispensables, salvo que sean establecidos *ad solemnitatem*. No opina así MARTÍN DE LA LEONA *La nulidad...* cit., pág. 182, para quien este calificativo se refiere a los requisitos formales, utilizando el cumplimiento del fin del acto como criterio de catalogación.

ma. Con ella se están tratando de diferenciar las *formas*, de los *requisitos que las formas tratan de proteger*⁴⁵². El verbo implicar hace referencia a la posición en la que se sitúa el defecto de forma en el plano de la causalidad: no es él la causa de que el acto no alcance su fin, sino el efecto o consecuencia de la ausencia de requisitos indispensables⁴⁵³.

Esta matización permite una interpretación más coherente del precepto, al desplazar la *esencialidad* desde los requisitos de forma a los *requisitos protegidos por la forma*, a los que es

452. Difusamente lo apunta LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Introducción...* cit., pág. 162. La mayor corrección del precepto español respecto del italiano queda patente comprobando las dificultades interpretativas de éste. Cfr. MANDRIOLI, C. *Corso di diritto processuale civile* cit. T.I pag. 374, quien se plantea cómo es posible que un acto al que falta un requisito esencial para alcanzar su fin, pueda sin embargo alcanzarlo. Resuelve la aparente contradicción aludiendo al previo establecimiento de la Ley de la esencialidad de los requisitos —que, como hace notar MARTÍN DE LA LEONA, J.M. *La nulidad...* cit., pág. 219, no siempre se da—, con base en lo que es predecible y la existencia de circunstancias imprevistas que puedan hacer lograr el fin al acto. Cfr. LIEBMAN, E.T. *Manuale di diritto processuale civile*. cit., Vol. I. pág. 232.

453. MARTÍN DE LA LEONA E., J.M. *La nulidad...* cit., pág. 182, considera, por el contrario que es el vicio formal el que debe impedir el cumplimiento del fin: *la nulidad puede invocarse —dice— cuando la omisión de un requisito formal hubiese sido el motivo que haya impedido que el acto procesal alcance su fin*. En el mismo sentido LIEBMAN *Manuale di diritto...* cit., pág. 232, considera que es el vicio formal el que impide alcanzar al acto su finalidad. Pero debe tenerse presente que la legislación italiana, como ya hemos puesto de manifiesto, no distingue estos dos aspectos. Como veremos más adelante las consecuencias prácticas de esta discrepancia no son relevantes. Cfr. LOZANO-HIGUERO “Apuntes sobre la preclusión...” en *Rev. Justicia*, 1986 Núm. IV, cit., pág. 853 y VÉSCOVI, E. *Teoría general...* cit. pág. 305 y ss.

aplicable lo ya dicho más arriba al comentar el párrafo 3º del art. 238 de la LOPJ⁴⁵⁴. Como queda dicho, no siempre es sencillo catalogar un requisito como formal; si además hubiera que establecer qué requisitos dentro de los de forma son *esenciales*, la aplicación del precepto sería francamente laboriosa.

El significado de esta norma es claro en la medida en que consideremos que se trata de un precepto tendente a la restricción de las nulidades por razones formales y, por tanto, un criterio de valoración dirigido al juez *para que no admita* solicitudes encaminadas a declarar la nulidad de un acto por motivos formales cuando haya alcanzado su fin⁴⁵⁵.

En definitiva, es la comprobación del cumplimiento de la finalidad lo que hace catalogar a un determinado defecto como *formal*, aunque en ocasiones no lo sea en sentido estricto. Un supuesto paradigmático lo encontramos en la imposibilidad de alegar la falta de citación, por el mero hecho de haber sido citado como persona particular y no como representante de una entidad, cuando en una misma persona física concurren las dos calidades⁴⁵⁶. Es por ello que decimos que el concepto de *defecto de forma es residual*⁴⁵⁷.

454. Vid. *supra*, pág. 180 y ss.

455. Cfr. p. ej. STC 60/85 de 6 de mayo y STS de 10 de marzo de 1992 R. 2164.

456. vid. STC 72/91 de 8 de abril. La falta de citación de la empresa — litisconsorte necesario— que podría alegarse, no es propiamente un defecto formal, pero puede catalogarse como tal tras la comprobación de que el fin del acto se ha cumplido. De hecho esta denominación se da habitualmente a cualquier tipo de infracción, una vez que la finalidad del acto se ha alcanzado.

457. Cfr. STS de 24 de febrero de 1992, R.1424.

Para clarificar el contenido de esta norma es de gran utilidad acudir al ordenamiento procesal italiano, en el que está el origen de este precepto. El art. 156, cuyo párrafo segundo reproduce nuestra LOPJ casi textualmente, contiene unas precisiones que han sido omitidas y que, a mi juicio, constituyen elementos muy útiles para interpretar correctamente el art. 240.

La primera precisión hace referencia a que no podrá declararse la nulidad por inobservancia de la forma de algún acto del proceso, si la nulidad no está exigida por la ley. Se hace referencia aquí a las formas establecidas *ad solemnitatem*⁴⁵⁸, cuya infracción es objeto de protección autónoma, sin referencia a otros elementos: la forma en estos casos es protegida por sí misma⁴⁵⁹. La LOPJ no prevé expresamente esta posibilidad, pero es indudable que existe⁴⁶⁰.

Como excepción a ese principio —que es un principio anti-formalista; es decir, que desvincula la nulidad de la mera inobservancia formal⁴⁶¹— en el párrafo segundo establece la posibilidad de que, aun no estando expresamente dispuesta la nulidad por inobservancia de un determinado requisito formal, ésta pueda ser declarada cuando el acto *carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin*.

458. Podría interpretarse este precepto como un intento de consagrar el principio de textualidad o tipificación, pero para que ello fuera así, debería de referirse al ordenamiento procesal en general y no sólo, como sucede en realidad, a los defectos de forma.

459. De modo parecido concluye MARTÍN DE LA LEONA E., J.M. *La nulidad...* cit. pág. 180.

460. Vid. *infra* lo relativo a la intervención del secretario.

461. Pero, con mayor realismo que nuestra LOPJ, deja abierta la posibilidad de que el legislador pueda disponer la nulidad por inobservancia de normas formales en algún acto concreto.

Por último, como puntualización a esta excepción, el párrafo tercero establece que, sin embargo —sin embargo de carecer de requisitos formales indispensables para alcanzar su fin—, si se ha alcanzado el fin al que estaba destinado, no podrá declararse la nulidad. Esta última precisión hace que, a pesar de las diferencias que hemos puesto de manifiesto, las consecuencias prácticas de ambas legislaciones sean las mismas⁴⁶².

Así pues, lo definitivo es si el acto ha conseguido o no la finalidad que la ley le encomienda. Y si es un defecto formal lo que ha impedido conseguirla, es obvio que ello será debido a que ese defecto es consecuencia de una infracción de las normas que regulan esos requisitos indispensables⁴⁶³. Siguiendo adelante con el ejemplo propuesto más arriba, la omisión de la firma del juez ante el cuál se realizó la comparecencia es un defecto *puramente formal*. En el caso de que estuviera ausente, el defecto formal tiene su origen, precisamente, en la infracción del precepto a cuyo cumplimiento va encaminada la formalidad omitida: esto es, acreditar la realización a presencia judicial⁴⁶⁴.

462. La falta en la LOPJ de una prohibición expresa equivalente a la de la legislación italiana —implícitamente sí está presente, según hemos visto más arriba— podría dar lugar a una no deseable interpretación formalista del art. 240.1. Cfr. SATTA, S. *Diritto Processuale civile* cit., pág. 245; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. Pág. 181.

463. Cfr. STS de 22 de octubre de 1991 R.A.7347, en la que se anula una sentencia absolutoria fundamentada en la omisión de petición de pena en la calificación del fiscal. El TS fundamenta su fallo en un defecto de forma que implica ausencia de requisitos para alcanzar su fin.

464. O, quizás, la conformidad del juez con la narración realizada por el secretario, aunque ambas cosas caen dentro de la fe pública del Secretario, sin necesidad de firma de aquél. Cfr. TOMÉ PAULE, J. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R. *La fe pública judicial y las funciones del secretario en la nueva LOPJ*. Ed. Andrómeda. Madrid, 1985. Pág. 17. Y, como es evidente,

En los dos casos hay un defecto formal, pero sólo en el segundo ese defecto tiene trascendencia en el proceso⁴⁶⁵.

Los defectos de forma, por tanto, implicarán ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin cuando sean consecuencia de la infracción de esos requisitos. Así lo entiende VÉSCOVI⁴⁶⁶ al analizar los criterios que permiten determinar la trascendencia de un defecto de forma como causa de nulidad⁴⁶⁷.

No parece aventurado deducir que lo que la ley está tratando de impedir es que una infracción *puramente formal* pueda provocar la nulidad del acto: es la omisión del requisito protegido por la norma formal lo que puede ser alegado como causa de nulidad y no el defecto de forma en sí mismo. La mera alegación de la falta de firma del juez —en nuestro ejemplo— no debe ser suficiente para apreciar la nulidad del acto. Debe alegarse, además, la ausencia del titular del órgano, de la cuál la omisión de la firma es tan sólo una

la presencia del juez en un acto, no es un requisito formal, sino procedimental. cfr. art. 251 LEC.

465. Igual razonamiento, aunque para un caso diferente se hace en la STC 55/91 de 12 de marzo.

466. *Teoría general...* cit. pág. 298; Vid. Tb. LOZANO- HIGUERO “Apuntes sobre la preclusión...” en *Problemas actuales de la justicia*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988. pág. 238.

467. Y de modo parecido MARTÍN DE LA LEONA *La nulidad...* cit., pág. 182, cuando expone que es necesaria la referencia al proceso concreto ya que en abstracto, no es posible hacerlo. La argumentación de este autor está encaminada a la determinación de la *esencialidad* de las formas establecidas, mientras que lo que aquí se sostiene es que la esencialidad se refiere a los requisitos que las formas tratan de proteger, pero la conclusión es plenamente coincidente, por lo que, nos permitimos citarlo en apoyo de nuestra opinión.

consecuencia⁴⁶⁸. La finalidad de la norma parece clara en el sentido de impedir que los defectos de forma autónomamente considerados puedan erigirse en causas de nulidad⁴⁶⁹. Únicamente deben ser tenidos en cuenta como medio para acreditar la producción de indefensión, o que el acto no ha alcanzado su fin⁴⁷⁰.

No obstante pueden existir en el ordenamiento procesal actos cuya forma esté establecida *ad solemnitatem* y en los que, en consecuencia, la forma se configura como objeto de protección autónomo. Como tal debe considerarse la necesidad de que determinados actos se realicen bajo la fe del Secretario Judicial⁴⁷¹.

468. De igual modo la ausencia de firma de letrado, cuando, a pesar de ello, el escrito de interposición del recurso ha sido redactado por él. Cfr. STC 87/86 de 27 de junio. Cfr. también STS de 10 de abril de 1986, R. 1848.

469. LIEBMAN, E.T. *Manuale di diritto processuale* cit., vol.I. pág. 232, dice, comentando el ordenamiento italiano que *la nostra legge, innovando profondamente, ha posto come direttiva principale nella disciplina delle nullità il principio della "strumentalità delle forme"*.

470. Cfr. STSS de 10 de marzo de 1992 R. 2164 y 15 de marzo de 1993 (S.1^a).

471. N.B. que calificamos la intervención del secretario como *forma*, en la medida en que su razón de ser es la documentación bajo la fe pública judicial de las actuaciones en las que se produce. Documentación e intervención están por tanto íntimamente unidas, aunque el propio documento judicial tiene sus requisitos formales. Cfr. TOMÉ PAULE, J. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R. *La fe pública...* cit., págs. 41 y ss. Esta protección autónoma de la forma es lo que explica que su infracción no pueda ser convalidada por otros medios. Cfr. SSTS de 4 de octubre, R.7270; 12 de noviembre R.8048 y 16 de diciembre R. 9350 de 1991; y 27 de enero R.457; 3 de febrero R.870 y 24 de marzo R. 2431 de 1992.

b) *La efectiva indefensión*

Hemos dicho que la justificación del tratamiento diferenciado de los defectos de forma encontraba su apoyo en la menor trascendencia que, en principio, tienen en el proceso. Nada tendría de particular que el legislador, en atención a ello, hubiera decidido establecer una categoría intermedia de ineficacia, menos drástica que la nulidad. Sin embargo, cuando la consecuencia del defecto en la forma regulada por la Ley es la *producción de efectiva indefensión*, ¿qué motivo puede haber para que la reacción del ordenamiento sea *menor* que en los demás supuestos? No parece lógico que la sola catalogación —no exenta de complicaciones— como *formal* de una infracción haga variar los mecanismos de protección, si la consecuencia que de ella se deriva es idéntica. Así lo interpreta la jurisprudencia más reciente⁴⁷².

Nada impide que un defecto de forma que provoque indefensión sea incluido en el núm. 3º del art. 238 pues, como hemos visto, lo que convierte a una infracción procedimental en causa de nulidad es precisamente la indefensión que pueda provocar. Sin embargo la posibilidad de que los defectos de forma provoquen indefensión es de difícil factura en la práctica⁴⁷³ y,

472. Cfr. *a contrario sensu* STS de 10 de marzo de 1992 R.A. 2164, en la que se desestima un recurso de casación por quebrantamiento de forma basado en la falta de firma del actuario en una providencia, *pues, aun cuando la exigencia de la firma dimana de lo preceptuado en el art. 262 de la Ley Procesal, resulta indiscutible que tal omisión no produjo indefensión alguna*. En el mismo sentido SSTs de 3 de marzo de 1983 R. 1418; 9 de marzo de 1984 R. 1418; 27 de febrero de 1989 R.1405 y 15 de marzo de 1993 (S.1ª), así como las SSTC 145/90 de 1 de octubre y 56/92 de 8 de abril.

473. De hecho, en la legislación italiana no se hace referencia a este supuesto. Aunque sí pueden ser consecuencia de la producción de indefensión por incumplimiento de los requisitos del acto, como vimos más arriba.

en el hipotético caso de que así fuera, aun por motivos puramente formales, entraría en juego la categoría de la nulidad⁴⁷⁴.

Por el contrario, puede producirse fácilmente indefensión como consecuencia de una exigencia desmedida de la observancia de preceptos formales. Esto confirma, pienso, la corrección de la postura que hemos adoptado al considerar la referencia a la forma del art. 240 de la LOPJ como una precisión *antiformalista* del legislador, en la que se recalca la insuficiencia de las infracciones formales, aisladamente consideradas, para provocar la nulidad procesal. De tal manera que *aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, especialmente en aquellos casos en que el legislador no lo determina de forma taxativa*⁴⁷⁵. Se trata, en definitiva, de impedir una abusiva alegación de los defectos formales con objeto de obtener la nulidad de lo actuado. Sólo cuando determinen efectiva indefensión deben ser tenidas en cuenta⁴⁷⁶.

474. Vid. *supra*, págs. 182 y ss. El supuesto más frecuente sería el de las infracciones formales en los actos de comunicación.

475. STC 19/83 de 14 de marzo. En el mismo sentido se pronuncia SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. pág. 841-842.

476. Cfr. SSTS de 8 de mayo de 1989 R. 4139; 19 octubre de 1990. R. 7981. Vid tb. STC 39/88 de 9 de marzo y 174/88 de 3 de octubre. En este sentido destaca la interpretación teleológica de las normas formales que sostiene el TC en su S. 60/85 de 6 de mayo. Igualmente STC 69/84 de 11 de junio. Como fundamento jurisprudencial de nuestra interpretación en el sentido de que se trata de un criterio de contenido antiformalista y de desvinculación de la nulidad de las infracciones formales vid. la STS de 13 de marzo de 1986 R. 1320.

MARTÍN DE LA LEONA⁴⁷⁷ haciendo referencia a la indefensión que la ley dispone que debe producirse para que un requisito formal pueda provocar la nulidad, comenta que no se entiende bien como un acto que ha alcanzado su finalidad puede provocar indefensión; en lo que, desde luego, estamos de acuerdo. Sin embargo, dicha distinción no carece de sentido pues existen requisitos cuya infracción, sin necesidad de producir indefensión, pueden provocar la nulidad: todos aquellos en los que la forma sea un objeto de protección autónomo. Puede entreverse aquí la base para una clasificación de las infracciones invalidantes de la LOPJ.

La referencia a los plazos del artículo 241

Dentro de lo que hemos clasificado como criterios de valoración de la nulidad en la regulación de la LOPJ, debemos hacer alusión ahora a lo que dispone el art. 241 respecto de los plazos establecidos para la realización de determinados actos judiciales.

Es unánimemente admitido por la doctrina que los plazos establecidos por la Ley para la realización de actuaciones judiciales son *plazos impropios*⁴⁷⁸. De ahí el desconcierto que pueda provocar la previsión del art. 241 de que *las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo*. Más aún cuando por virtud del art. 306 de la LEC, sólo existe una

477. Cfr. *La nulidad...* cit. pág. 183.

478. Cfr. ROSEMBERG, L. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. de Romera Vega. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1955. T.I, Pág. 413; SCHÖNKE, A. *Derecho procesal civil* cit., pág. 126; PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. T. I, 1982, págs. 565 y ss.

clase de plazos y términos: todos improrrogables e irrepetibles⁴⁷⁹. La LEC, sin embargo, no prevé la nulidad para los supuestos de infracción de los plazos⁴⁸⁰ y hasta la reforma operada por la L.O. 16/94 preveía como única consecuencia la corrección disciplinaria que pudiera corresponder. El que en la nueva redacción se haya suprimido esa mención expresa obedece a la voluntad del legislador de unificar el régimen disciplinario dejando como única regulación al respecto la de la LOPJ. Por lo tanto, a pesar de esa reforma, se puede seguir sosteniendo que en nuestras normas procesales la infracción de los plazos judiciales sólo tiene previstas consecuencias disciplinarias.

No obstante, la previsión de la LOPJ no es, en realidad, novedosa, pues los plazos judiciales no son un conjunto homogéneo. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales relacionados con el proceso, los plazos judiciales tienen una doble perspectiva: en cuanto protectores de *un proceso sin dilaciones indebidas*, su infracción no está amparada por la nulidad; pero sí lo está cuando lo que protegen es el derecho a *un proceso con todas las garantías*⁴⁸¹.

479. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Derecho de los Tribunales*. cit., pág. 469. La improrrogabilidad, introducida por la novela del 84 en la LEC es aplicable en virtud de la supletoriedad al resto del ordenamiento procesal.

480. Cfr. arts. 301 y ss.

481. El complejo entramado de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, hace difícil una elaboración dogmática diferenciada. Nos inclinamos por considerar, —siguiendo a GÓMEZ DE LIAÑO, F. “Notas sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva” en *Rev. Universitaria de Derecho Procesal* Núm. 0. Madrid, 1988 y *Abogacía y proceso* cit. págs. 22 y ss.— que todos ellos están incluidos dentro del derecho a la tutela judicial efectiva constituyendo niveles sucesivos, cada vez más amplios: el derecho de acceso a los tribunales; a un proceso con todas las garantías, sin

Unos tienen como finalidad impedir la excesiva dilatación del procedimiento e imponen al órgano jurisdiccional unos límites temporales para la realización de determinados actos⁴⁸². De esta naturaleza son los plazos para dictar sentencia o cualquier otra resolución, o el que el mismo juez puede determinar para la realización de *diligencias para mejor proveer*. En ellos carece de sentido la aplicación de la nulidad, pues se conseguiría lo contrario de lo que se está intentando proteger.

Otros, sin embargo, junto a la finalidad antedicha, protegen principios fundamentales como el de igualdad, el de seguridad jurídica, el de audiencia, etc. A este segundo tipo pertenecen todos los plazos establecidos para la personación de las partes en el proceso o, en general, para cualquier tipo de comparecencia⁴⁸³ y todos los plazos preclusivos para las partes —de alega-

que en ningún caso pueda producirse indefensión; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; a una resolución motivada sobre el fondo, cuando proceda y a su eventual ejecución y el derecho a que dicha resolución sea ajustada a derecho. Las infracciones de estos derechos no provocan reacciones idénticas del ordenamiento. Así mientras que la nulidad es la categoría que protege el derecho a un proceso con todas las garantías y la necesaria motivación de las resoluciones, la corrección de éstas y las dilaciones indebidas, deben quedar fuera de su ámbito de protección. Sobre la distinción entre la necesidad de motivación y la suficiencia de la misma, vid. el análisis de la jurisprudencia del TC que hace FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del TC” en *Rev. Poder Judicial*. Núm. especial VI, 1989. Págs. 57 y ss.

482. Vid al respecto las amplias consideraciones de MARTÍN DE LA LEONA E., J.M. *La nulidad...* cit., pág. 68 y ss.

483. Piénsese también en una junta de acreedores celebrada antes del término previsto en la convocatoria —vid. arts. 1342 LEC y 1063 C.Com.— ; o una subasta judicial, etc. Vid. STC 154/91 de 10 de julio. en la que declara la nulidad de un juicio de faltas en el que el acusado fue citado con

ción, de proposición o práctica de pruebas, etc.—, que son vinculantes para el órgano jurisdiccional, el cuál no puede infringirlos sin consecuencias. Y ello, tanto si la infracción del plazo se produce por exceso como por defecto, pues la expresión fuera de tiempo no excluye ninguna posibilidad, aunque en opinión de PRIETO CASTRO⁴⁸⁴ sería más correcto decir *sin ajustarse a los plazos o términos* o fórmula similar.

Así, una declaración de rebeldía realizada antes de que termine el plazo para contestar⁴⁸⁵; la admisión de una prueba una vez concluido el plazo de proposición, o la admisión de un *escrito de conclusiones* extemporáneo; la celebración de una junta de acreedores sin sujeción a los plazos previstos, etc., constituyen supuestos de realización de actuaciones judiciales en los que la extemporaneidad debe ser valorada como causa de nulidad.

Con mayor motivo puede aplicarse lo anteriormente dicho a los términos judiciales, pues la infracción del término previsto producirá con toda seguridad consecuencias⁴⁸⁶. Por todo ello, la referencia a los plazos del art. 241, constituye igualmente una precisión al art. 238, al tratarse de defectos de procedimiento en

sólo 20 horas de antelación, cuando la LECrim art. 965 y art. 3º del D. 21 de noviembre de 1952 sobre tramitación del juicio de faltas, prevé que al menos sean 24, acreditándose por el recurrente que tal disminución del plazo para la citación provocó indefensión, por impedirle preparar suficientemente su defensa.

484. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Derecho de los Tribunales*. cit., pág. 469.

485. Vid. SAP de Madrid, Sec. 14ª, de 24 de Julio de 1990. RGD. pág. 492. Vid. también STC 39/88 de 9 de marzo y 174/88 de 3 de octubre.

486. Vid. RAMOS MÉNDEZ, F. “La eficacia del proceso” en *Rev. Justicia* 82, Núm. II, pág. 105. Vid. al respecto MILLÁN GARRIDO, C. “Plazos muertos” en *Rev. La Ley*, 1982. Vol. II., págs 870 y ss.

los cuales, para hacer una valoración sobre su influencia en la validez del acto, habrá de comprobarse la producción de indefensión o, en su caso, la infracción de otros principios.

Finalmente debe destacarse que no cabe relacionar la nulidad prescrita en el art. 241 de la LOPJ con las normas relativas a la caducidad de la instancia del proceso civil, establecidas en el art. 411 de la LEC. Los plazos de caducidad allí mencionados, deben entenderse hoy únicamente aplicables a los supuestos de solicitud de suspensión, ya que deben interpretarse en consonancia con las normas que sobre impulso de oficio rigen en todo nuestro ordenamiento procesal. La caducidad de la instancia es una institución que se basa en el desistimiento tácito de las partes, pero nunca puede ser consecuencia de la lentitud o inactividad del órgano jurisdiccional⁴⁸⁷.

4. Los actos de parte: el artículo 243 de la LOPJ

Dentro del esquema de explicación de la normativa de la LOPJ referente a la nulidad, queda aparentemente descolgado el art. 243, que dispone que *los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la Ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales*. Desde mi punto de vista, y tal como queda dicho más arriba, esta norma tiene en cuenta el peculiar régimen de eficacia

487. Cfr. al respecto ALMAGRO NOSETE, J. “Comentario al art. 691 de la LEC” en *Comentarios a la reforma...* cit., pág. 571. Un ejemplo de aplicación indebida de este instituto es el Auto de la AT de Barcelona de 21 de noviembre de 1985 (vid. en *Rev. Justicia* 87, Núm.I, pág. 17) en el que se anula la providencia de señalamiento para la vista —dictada con dos años de retraso— y se declara caducada la instancia.

de los actos procesales de las partes, cuyos efectos en el proceso están condicionados a su incorporación al mismo.

Los actos de las partes previamente a su incorporación al proceso, no son susceptibles de ser valorados bajo la perspectiva de su validez, sino de su admisibilidad. Y es a ella a la que se refiere el artículo que comentamos. Por ello no se habla de la nulidad del acto de parte, sino exclusivamente de la posibilidad o no de subsanación. Dicha prescripción debe relacionarse con lo dispuesto en el art. 11.3 de la LOPJ, que establece que sólo podrán desestimarse las pretensiones por motivos formales cuando el defecto fuere insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

Evidentemente, la admisión de un acto inadmisibile puede provocar, en determinados casos, la nulidad de la resolución que lo incorpora al proceso y la de las posteriores. Pero ese supuesto se reconduce a los establecidos en el art. 238 y ss. y no necesitaría una mención especial⁴⁸⁸. Por tanto debe entenderse que el precepto legal refuerza el criterio general de subsanabilidad de los actos de parte, en el modo y los casos previstos en las leyes. Dos cuestiones deben ser analizadas al respecto. En primer lugar ¿de qué depende la posibilidad de subsanación de los actos de parte?; y en segundo lugar, ¿cuándo un acto de parte indebidamente admitido puede provocar la nulidad de la resolución que lo admite?

Con respecto a los criterios que determinan la subsanabilidad de los actos, por aplicación del art. 11.3, debe entenderse que cualquier defecto *puramente formal* es subsanable. Y como

488. Cfr. SSTS 23 de octubre de 1989 R.A. 6992; 23 de mayo de 1989 R.A. 3834; 8 de octubre de 1990 R.A. 7600, las cuales, aunque referidas al proceso administrativo —en el cual las causas de inadmisibilidad tienen un contenido peculiar— permiten corroborar lo que decimos.

ya hemos dicho, la determinación de lo que debe entenderse por *defecto puramente formal*, sólo se puede hacer *ad casum*, previa comprobación del cumplimiento del requisito que la forma protege⁴⁸⁹. Así, no es un defecto puramente formal la extemporaneidad⁴⁹⁰, pues en ese caso el requisito *formal* de tiempo no es separable del cumplimiento del plazo preclusivo que protege⁴⁹¹. Mientras que el requisito formal de presentación del poder, sí es separable de la existencia del mismo⁴⁹², o el requisito formal de la firma de letrado de la intervención de ese profesional⁴⁹³.

Con respecto a la segunda cuestión que planteábamos, la de los criterios que determinan la influencia de los actos de parte

489. Cfr. SSTS 2 de abril de 1982 R.A. 2368 y 2 de diciembre de 1982 R.A. 7734.

490. Cfr. STC 117/86 de 13 de octubre. Vid. al respecto GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso...* cit. Pág. 207.

491. Si sería separable en caso de que se haya cumplido el plazo, pero personándose en un juzgado distinto, por error, tratándose en ese caso de un defecto subsanable. Cfr. SAP de Madrid de 24 de febrero de 1990. RGD, 1991, enero, pág. 492.

492. Respecto a la capacidad procesal, se ha defendido por RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal civil*, cit., 1990, T.I. pág. 248, además de su carácter subsanable, su dudosa configuración como auténtico presupuesto procesal dado que, en el ámbito civil, el control está encomendado a las partes. No obstante, en el ámbito penal existe una peculiar relevancia de la capacidad respecto del acusado, que es a la vez condición de punibilidad y requisito de procedibilidad (cfr. arts. 381 y ss. LECrim). Vid. al respecto ALAMILLO CANILLAS, F. *La nulidad de actuaciones...* cit., págs. 76 y ss. donde analiza las razones de esta peculiaridad, sosteniendo la necesidad de diferenciar entre las *condiciones de procedibilidad* y las *condiciones de penalidad*. Cfr. tb. STS 2ª de 2 de abril de 1993.

493. Cfr. STC 202/89 de 30 de noviembre.

en las resoluciones que los admiten, la solución viene dada en parte por lo que acabamos de decir. Es decir, que los *defectos puramente formales*, por ser subsanables, no tienen entidad suficiente para determinar la nulidad de la resolución de admisión del acto. No obstante, no debe olvidarse que el incumplimiento de algunas de las prescripciones sobre la forma de los actos pueden ser decisivas para la valoración de la nulidad de la actuación judicial⁴⁹⁴.

494. Así, la omisión del *suplico* de la demanda o de la petición de condena en el trámite de *conclusiones definitivas* en el proceso penal, pueden determinar la nulidad de la sentencia. Cfr. STS de 22 de octubre de 1991 R. 7347.

CAPÍTULO III

OTROS SUPUESTOS DE NULIDAD

La comprensión de la nulidad como técnica de protección del ordenamiento, permite integrar sin dificultad todos aquellos supuestos que, sin estar comprendidos en esos criterios de valoración generales, son establecidos singularmente por el legislador. Dicho de otro modo, tal como ya vimos más arriba, la determinación de lo que deban considerarse como causas de nulidad queda a la libre determinación del legislador.

Antes de la promulgación de la LOPJ del 85, lo que existían eran supuestos aislados de nulidad expresa y unos criterios generales relativos a la ineficacia de los actos de elaboración doctrinal y jurisprudencial. Tras la promulgación de la vigente LOPJ, los criterios generales relativos a la nulidad en el proceso están establecidos por el legislador y, junto a ellos, existen supuestos de nulidad expresa, en los cuales no es precisa ninguna referencia a otros elementos que los que la norma determina. Supuestos de este tipo los podemos encontrar tanto en la LOPJ como en las demás leyes procesales⁴⁹⁵. La pervivencia de

495. Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse los siguientes: LEC arts. 256 (días u horas no hábiles); art. 442 (equivalente al núm. 2º del art. 238); art. 1467 (omisión de la citación de remate en el juicio ejecutivo, pues

estos últimos tras la publicación de la LOPJ no plantea problema alguno, y en algunos casos facilita la tarea de valoración de la nulidad y elimina posibles discrepancias interpretativas.

Por su especial trascendencia consideramos interesante hacer referencia a cuatro de ellos: La ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas, la concurrencia de causas de recusación en el juez, la necesaria intervención del Secretario Judicial y la publicidad.

1. La ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas

Un supuesto específico que debe ser analizado es el de la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas del art. 11.1 de la LOPJ. Establece la norma mencionada que *no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*. Este precepto, singular por su ubicación y por su redacción, requiere, a mi juicio, para ser correctamente comprendido, una confrontación con el art. 238.3º y concordantes. El motivo no es otro que las distintas consecuencias que pueden derivarse de la aplicación de una u otra normativa. Pues existen medios de prueba, cuya obtención está expresamente regulada por el ordenamiento procesal, en los que la violación de derechos fundamentales o libertades públicas podría ser considerada también como infracción de normas de procedimiento, entrando en juego por tanto el régimen general de nulidad de los actos procesales de la LOPJ.

en los demás supuestos pienso que el término no está utilizado en sentido propio); art. 115 (*a sensu contrario* las actuaciones realizadas después de la decisión de cuestiones de competencia); art. 279 (actos de comunicación). LECrim. art. 680 (publicidad del juicio oral), etc.

Siendo el efecto propio de la prueba, como acto procesal, la comunicación al juzgador de determinados datos que puedan fundar o desvirtuar su convicción⁴⁹⁶, la anulación de una prueba no debería llevar consigo otra consecuencia que la de que no ser tenida en cuenta⁴⁹⁷. Y, en este sentido, parece que lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ (*no surtirán efecto*⁴⁹⁸) no es más que la consecuencia normal de un motivo concreto de nulidad de las pruebas.

Ahora bien, la propia dinámica de la fase probatoria puede hacer que las pruebas produzcan indirectamente otros efectos. Así, en los procedimientos civiles de mayor y menor cuantía, una vez practicada *toda* la prueba propuesta se cierra la fase probatoria. En ese caso, si una de las partes obtiene la declaración de nulidad de una prueba —p. ej. por no habersele dado la posibilidad de intervenir—, la consecuencia lógica será que la providencia que manda unir las pruebas a los autos⁴⁹⁹, dictada antes de transcurrir el plazo de práctica, deberá ser también anulada, volviéndose a practicar la prueba con las garantías de la Ley. Si, por el contrario, la providencia ha sido dictada por finalizar el periodo de práctica, la providencia que recae no es un efecto indirecto de la prueba, sino del mero transcurso del

496. Cfr. KISCH, W. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Prieto Castro. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1932. Págs. 196-197.

497. La consideración de este peculiar régimen de eficacia de los actos de prueba es lo que ha llevado al TC a considerar que sólo tras la emisión de la sentencia puede comprobarse si ha existido indefensión por la denegación de una diligencia de prueba. Cfr. ATC 340/82 de 10 de noviembre.

498. Similar a la expresión utilizada por el art. 577 de la LEC para referirse a las pruebas practicadas fuera del plazo previsto para ello.

499. Cfr. arts. 667 y 701 de la LEC.

tiempo, debiéndose mantener la validez de la providencia⁵⁰⁰. Pero la prueba anulada por ese motivo quedaría incluida entre las que pueden ser solicitadas para su práctica en la apelación⁵⁰¹.

Por lo tanto, respecto de las pruebas, el *no surtir efecto* no siempre es la única consecuencia de su declaración de nulidad, según la regulación general. Lo establecido en el art. 11 debe ser entendido como un régimen de nulidad específico, tendente a la protección de los derechos y libertades fundamentales, que prohíbe al juzgador fundar su convicción en pruebas para cuya obtención aquellos —los derechos o libertades fundamentales— hayan sido violados⁵⁰², desconociendo cualquier otro tipo de efecto que, por aplicación del régimen general de ineficacia procesal, pudiera producirse⁵⁰³.

La finalidad del precepto es clara en el sentido de separar la obtención de los medios de prueba, propiamente dicha, del procedimiento probatorio. De tal modo que *no pueden admitirse las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, si bien ha de precisarse que la tacha que puede oponerse a las pruebas es la vulneración de los derechos funda-*

500. La solución de reiterar la prueba, aun después de terminado el periodo de práctica, sería también admisible, aunque es menos respetuosa con la mecánica del proceso y con lo establecido en el art. 242 de la LOPJ. No obstante, la elección de una u otra no afecta a la argumentación que exponemos.

501. Cfr. art. 862.2º de la LEC, que establece que podrá otorgarse el recibimiento a prueba en segunda instancia *cuando por cualquier causa no imputable al que solicitase la prueba, no hubiera podido hacerse en la primera instancia toda o parte de la que hubiere propuesto*.

502. Cfr. ASECIO MELLADO, J.M. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Ed. Trivium. Madrid, 1989. Pág. 94.

503. Cfr. STC 64/86 de 21 de mayo.

*mentales al obtener aquéllas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de interdicción de indefensión*⁵⁰⁴.

Respecto a la violación extraprocésal de los derechos y libertades fundamentales en la obtención de los medios de prueba⁵⁰⁵, no existe ningún problema especial para la aplicación de este precepto, salvo lo que se refiere a la valoración de la viola-

504. Id. nota anterior. Por ejemplo todo lo relativo a la necesaria contradicción en la práctica de la prueba testifical y la pericial cuya necesidad es indiscutible (cfr., además de la abundante jurisprudencia española al respecto, en parte ya citada, SSTEDH 26 de abril de 1991 (Caso Asch); 16 de diciembre de 1992 (Caso Hadjianastassiou) y 20 de septiembre de 1993 (Caso Saïdi). En este sentido la L.O. 19/94 de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales despliega su eficacia únicamente si se decide prescindir del testimonio y del informe pericial anónimos como pruebas, utilizándolos únicamente como fuentes de prueba en la investigación; ya que tan pronto como se intente valerse de ellas como medios de prueba quedan sometidas al régimen común, aunque limitando los datos de identificación (cfr. art. 4.3). Cfr. SSTEDH 27 de septiembre de 1990 (Caso Windich) y 20 de noviembre de 1989 (Caso Kostovski).

505. Posible fundamentalmente en la prueba documental y las asimiladas a ella, así como en la pericial en aquellos supuestos en los que el reconocimiento pericial queda fuera del control del juez: en el proceso laboral y en algunos supuestos del proceso penal (fundamentalmente los informes de los peritos presentados por las partes para ser examinados en el juicio oral regulados en el art. 656 de la LECrim que en la práctica habitual, incorrectamente, son equiparados a los testigos, aunque, por aplicación del art. 658 y 725 del mismo cuerpo legal, deberían estar sometidos al régimen habitual de los arts. 456 y ss., al menos en cuanto se refiere a la posibilidad de intervención de las partes en el reconocimiento), etc. Cfr. STC 25/88 de 23 de febrero y 514/88 de 4 de noviembre.

ción de los derechos y libertades, que queda fuera del ámbito de este trabajo.

La problemática surge en aquellos medios de prueba en los que no es posible diferenciar la obtención de la práctica⁵⁰⁶, quedando ambas dentro del ordenamiento procesal y también, por tanto, la posible violación de los derechos o libertades fun-

506. El precepto que comentamos, hace referencia únicamente a las pruebas obtenidas por medios ilegales. Es decir, su valoración se refiere a la *obtención*, que es un momento procesalmente no determinado, pues las leyes procesales se refieren únicamente a la *práctica* y *proposición*. Lo que se obtiene propiamente es la fuente de prueba y lo que se practica es el medio de prueba. Así SENTÍS MELENDO, S. “Fuentes y medios de prueba”, en *La prueba*. Ed. EJE. Buenos Aires, 1978, pags. 144 y ss. dice siguiendo básicamente a CARNELUTTI que *fuerza es (...) un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. (...) Buscamos las fuentes; y, cuando las tenemos, proponemos medios para incorporarlas al proceso*. Cfr. Tb. ATS de 18 de junio de 1992. R. 6102. La Ley Orgánica se refiere sin duda al hablar de *prueba* a los medios de prueba, por lo cual la determinación de lo que debe entenderse por *obtención* requiere distinguir entre los medios de prueba en los que la obtención del medio es inseparable de la práctica de la prueba y aquellos otros en los que la obtención es algo distinto y anterior a la práctica. Para determinarlo, sería necesario referirse a cada medio de prueba. En la prueba de confesión, por ejemplo, la obtención equivale a la práctica, de modo que la ilicitud de la obtención queda siempre sometida a las normas del derecho procesal. En la prueba pericial, la obtención del medio de prueba —el informe pericial— es diferenciable del propio medio de prueba, que es consecuencia de unas operaciones previas del perito. En el ordenamiento procesal civil, sin embargo, tanto la obtención del informe (*el reconocimiento*), como su emisión, están sometidas al control del juez, con lo que la ilicitud queda sometida al control de las normas procesales.

damentales que pueda producirse⁵⁰⁷, que es susceptible de una doble valoración. De modo similar, existen infracciones procedimentales, que pueden constituir auténticas violaciones de derechos y libertades fundamentales⁵⁰⁸.

En todos estos supuestos la doctrina sentada por el TC parece dar a entender que debe aplicarse el art. 238.3º. Sin embargo, en ella se está haciendo referencia al proceso penal —que es, por otra parte, donde con más frecuencia pueden plantearse estos supuestos— en el cual, la peculiar naturaleza de la fase de instrucción, hace que las irregularidades cometidas en la obtención de los medios de prueba que no sean reproducibles en el juicio oral, tanto si constituyen violaciones de derechos fundamentales, como si constituyen infracciones de las normas de procedimiento incluibles en el art. 238, producen el mismo

507. En la confesión p. ej. la violación de la libertad de comparecer en el proceso civil (no se puede obligar a la parte a comparecer, independientemente de las consecuencias negativas —*ficta confesio*— que ello pueda acarrear) o de declarar (en el proceso penal nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo). En la prueba testifical la infracción del deber de secreto reconocido constitucionalmente. Cfr. Sobre esta problemática LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. “La nulidad de las fuentes de prueba obtenidas mediante una intervención telefónica” en *Rev. Estudios de Jurisprudencia* Núm. 2. Septiembre de 1992. Págs. 23 y ss. Especialmente pág. 35-36.

508. P. ej. La falta de fundamentación de un auto de entrada y registro en un domicilio, o de intervención de una comunicación telefónica. Vid. ATS. de 18 de junio de 1992 R. 6102. Vid. el comentario a este auto realizado por LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. “Nulidad de las fuentes de prueba...” cit. *passim*; o su realización sin la intervención del secretario. Cfr. PEDRAZ PENALVA, E. “Acerca de la diligencia de entrada y registro en el domicilio” en *Actualidad jurídica Aranzadi* Núm. 28. 15 de noviembre de 1991. pág. 2.

efecto: no deben ser tenidas en cuenta⁵⁰⁹. Siendo todas ellas perfectamente diferenciables de las que puedan producirse una vez abierto el juicio oral, a las cuales les sería aplicable lo dispuesto en el art. 238.3º.

La necesidad de esta distinción se puede ver con claridad si se tienen en cuenta las distintas consecuencias que se derivan de la alegación de una u otra norma en vía de recurso. Si la sentencia se fundamentó fácticamente en virtud de pruebas incluíbles en el art. 11.1 de la LOPJ, la resolución que recaiga en el recurso deberá fallar sobre el fondo del asunto en el sentido que sea pertinente una vez hecha abstracción de la prueba ilegalmente obtenida⁵¹⁰. Si, por el contrario, se trata de un defecto procedimental, la resolución que recaiga en el recurso, mandará reponer las actuaciones⁵¹¹.

509. Vid. SSTC 25/88 de 23 de febrero y 137/88 de 7 de julio y 135/89 de 19 de julio. Cfr. STS de 24 de marzo de 1992 R. 2431. Vid. ATS de 18 de junio de 1992. R. 6102 ya cit. Vid. al respecto MARTÍN PALLIN, J.A. "Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal" en *Rev. Poder Judicial*. 1989. Núm. especial VI. Págs. 119-136, especialmente pág. 126.

510. En el proceso penal ello es claro en las pruebas de cargo. Respecto de las de descargo, parece que la protección de la verdad material debería primar sobre cualquier otra consideración, con independencia de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido quien obtuvo ilegítimamente las pruebas. No obstante el supuesto es extraño, y difícilmente una prueba de descargo obtenida en esas condiciones puede provocar la convicción del juzgador, pues, normalmente, la ilegitimidad de la obtención, lleva consigo una disminución de las garantías de certeza y credibilidad.

511. En este caso, a diferencia del que veíamos más arriba (pág. 225), sí puede decirse que la resolución es un efecto inmediato de la prueba, pues precisamente se ha fundamentado la convicción en la misma. La retroacción al momento en que se cometió la falta, dentro de la concentración que rige

Lo que se pretende con el art. 11.1 de la LOPJ es desincentivar o hacer inútil la obtención de medios de prueba con violación de libertades fundamentales. Y ello sólo se consigue plenamente cuando se impide que, por medio de una reiteración, subsanación o complementación a través de otros medios de prueba, pueda utilizarse de algún modo la prueba ilícitamente obtenida.

Debe hacerse notar, sin embargo, que el deber de no tenerlas en cuenta sólo será realmente eficaz cuando sean las únicas pruebas existentes, en cuyo caso darán lugar a una sentencia absolutoria. Pero, no siendo así, esas pruebas ilícitamente obtenidas influirán, sin duda, en el ánimo del juzgador a la hora de valorar las demás⁵¹².

2. Nulidad de resoluciones por concurrir en el titular del órgano causas de abstención o recusación

En su art. 228 la LOPJ hace otra referencia expresa a un supuesto de nulidad, cuando dispone que *contra la decisión de la recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de que se*

el proceso penal, exige la reiteración del juicio oral. En estos supuestos debería preverse —como se hace p. ej. en la StPO alemana Cfr. § 354 (2)— el reenvío a una sección o sala distinta del órgano, al menos para aquellos supuestos en los que el juicio ya formado en las actuaciones anuladas, ponga en cuestión la imparcialidad del órgano. Lo cuál, por cierto, ha sido ya dispuesto por nuestro TS en una reciente sentencia. Cfr. STS 2ª de 2 de abril de 1993.

512. Cfr. DAMIÁN MORENO. J. “Sobre el derecho de defensa y la prueba prohibida” en *Rev. Poder Judicial* (2ª época) núm. 16. Diciembre de 1989. Pág. 157.

*pueda hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta*⁵¹³.

Debe entenderse que el legislador está configurando un supuesto de nulidad expreso, en el que deben de confluír los siguientes elementos:

a) Que concurra en el juez o magistrado una de las causas de abstención o recusación expresadas en el art. 219 de la LOPJ⁵¹⁴.

b) Que por las partes se haya intentado la recusación tan pronto como la causa que deba provocarla haya llegado a su conocimiento, debiendo proponerse al inicio del pleito cuando fuera conocida con anterioridad⁵¹⁵.

c) Que por el órgano que sea competente se haya desestimado la recusación, mandando devolver el conocimiento del pleito o causa al recusado⁵¹⁶.

d) Que la resolución dictada por el recusado, o con su intervención, sea impugnada oportunamente, y en el recurso se haga valer la causa de recusación como motivo de nulidad de la misma.

513. El supuesto ya se contempla en el núm. 6º del art. 851 de la LECrim catalogándolo como motivo de casación por quebrantamiento de forma.

514. Cfr. arts. 217 y ss. de la LOPJ. N.b. que sólo en esos casos las condiciones de imparcialidad —pues no se requiere una efectiva influencia en la resolución— están protegidas por la nulidad. En los supuestos de imparcialidad que no procedan de alguna de esas causas de recusación o abstención, la resolución será exclusivamente rescindible, en su caso, por otros motivos distintos.

515. Cfr. art. 223 de la LOPJ.

516. Cfr. art. 227.

e) Que en la resolución del recurso se estime la causa de recusación.

En virtud de esta última circunstancia el legislador utiliza el adjetivo *posible* para referirse a este supuesto de nulidad. No porque deban tenerse en cuenta otros elementos, sino porque, para que la resolución sea nula por este motivo, la recusación debe necesariamente ser estimada en el recurso. Y, evidentemente, puede serlo o no, como pone de relieve el ATC 168/95.

3. La intervención del Secretario Judicial

Está expresamente previsto en el art. 249 de la LEC que *Las actuaciones deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad por el funcionario público a quien corresponda dar fe o certificar el acto*. Y dicho funcionario no es otro que el Secretario Judicial, *único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales*⁵¹⁷.

La fe pública judicial —como hace notar TOMÉ PAULE⁵¹⁸— *aparece (...) como una necesidad. No se trata de una creación artificiosa del derecho, sino de una necesidad sentida en todos los tiempos que consiste en acreditar de una manera especial y privilegiada que los actos procesales se han realizado en el momento y con los requisitos impuestos por la Ley. Es el soporte básico de la cosa juzgada, pues si ésta se concibe como la indiscutibilidad que en un momento determinado adquiere el resultado procesal plasmado en la sentencia, aquella impone*

517. Art. 281.1 de la LOPJ. Vid. al respecto MARTÍN OSTOS, J. “Hacia un nuevo secretario judicial español” en *Rev. Justicia* 1991, Núm. IV. Págs. 800 y ss.

518. TOMÉ PAULE, J. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R. “La fe pública judicial...” cit., pág. 17. Vid. STS de 3 de diciembre de 1991 R.8955.

la indiscutibilidad de todas las actuaciones exigidas y de su adecuada realización y documentación.

Como ya decíamos más arriba, la intervención del Secretario en las actuaciones judiciales debe ser considerado como un *requisito formal* establecido *ad solemnitatem*. Sin embargo, el intento de configurar expresamente su infracción como causa de nulidad en la LOPJ no prosperó⁵¹⁹. Lo cual no debe impedir que, cuando en las Leyes de Enjuiciamiento así se determine, la ausencia de este requisito provoque la nulidad⁵²⁰.

El art. 281 de la LOPJ establece la competencia exclusiva del Secretario Judicial para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, disponiendo en el artículo siguiente que las actas que hayan de realizarse a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y de comunicación podrán ser autorizadas por uno o más oficiales habilitados por el Secretario⁵²¹.

519. La enmienda 1251 al proyecto de LOPJ del 85 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, número 118-I, de 19 de septiembre de 1985), proponía incluir en el art. 259 como motivo de nulidad el que los actos no sean autorizados por el Secretario Judicial a quien corresponda dar fe o certificar del acto, justificándolo en que es principio básico que sin la presencia de dichos funcionarios no son válidas las actuaciones judiciales bajo pena de nulidad (art. 249 de la LEC).

520. En concreto en la LEC el art. 249. También en la LECrim. los arts. 315 (constancia de diligencias); 321 (formación del sumario ante los secretarios); 743 (acta del juicio oral).

521. En clara contradicción con esta norma, (Vid. tb. el art. 6º del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales aprobado por R.D. 429/88 de 29 de abril) la L 1/92 de 30 de abril ha reformado el art. 569 de la LECrim. permitiendo la posibilidad de que por, *delegación judicial, un funcionario de la Policía Judicial o cualquier otro funcionario público* pueda dar fe de lo acontecido en las diligencias de entrada en domicilio. Vid. SSTS de 8 de junio de 1990 R. 5244; 24 de septiembre de 1991, 3 de

A pesar de las distintas opiniones existentes sobre la trascendencia de la intervención del Secretario Judicial en las actuaciones⁵²², debe entenderse que la misma junto con la correspondiente autorización documental, es el único modo de incorporar válidamente a los autos el contenido de las mismas⁵²³.

diciembre de 1991, 16 de diciembre de 1991. La STS de 24 de marzo de 1992 R. 2431, admite la legalidad de la delegación.

522. Excede de las pretensiones de este trabajo abordar un tratamiento detallado de todos los posibles supuestos de nulidad. No obstante, a modo de *obiter dicta*, es bueno hacer notar que dentro de las funciones del Secretario Judicial, no todas tienen la misma naturaleza. En concreto, los términos autorizar, dar fe y certificar, pueden tener una distinta trascendencia a los efectos de nulidad. Cfr. NÚÑEZ LAGOS, R. “Fe pública” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* T.IX, pág. 643 y ss; CARNELUTTI, F. *Sistema...*, cit. T.II. pág. 416. MORENO CATENA, V. “Fe pública y publicidad en la LOPJ” en *Rev. Justicia* 87. núm. I, págs .73 y 74 y ROBLEDO VILLAR, A. “Nuevo acto de remate en la Ley de Enjuiciamiento Civil y fe pública judicial. Notas sobre una reforma” en *Rev. La Ley*, 1993, Núm. 3345 de 10 de septiembre. Pág. 2.

523. Cfr. ROBLEDO VILLAR, A. “Nuevo acto de remate...” cit., pág. 2. Al menos mientras no sea desarrollada legislativamente la posibilidad establecida en el art. 230 LOPJ: *Podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad. La Ley regulará los requisitos y forma de su utilización.* E incluso en el desarrollo de esta norma, parece difícil que se pueda prescindir de la dación de fe. Cfr. MARTÍN OSTOS, J. “Hacia un nuevo...” cit., pág. 802.

4. La publicidad del proceso

El carácter público de las actuaciones judiciales forma parte del sentir común de las sociedades democráticas actuales⁵²⁴, y tiene su origen en la influencia de la ideología liberal en el constitucionalismo moderno⁵²⁵. En nuestro ordenamiento, la obligatoriedad de que las actuaciones judiciales sean públicas se deriva directamente del texto constitucional y de diversos tratados ratificados por España, en los que la publicidad aparece configurada como elemento integrante del *derecho al proceso debido*⁵²⁶.

La problemática de la publicidad desde la perspectiva de la nulidad del proceso, tiene diversa etiología. Por un lado la equivocidad del término publicidad hace que, pese al contenido aparentemente claro que incorpora en su vertiente procesal, sea difícil determinar en cada caso cuándo el derecho fundamental es infringido. Por otro lado, salvo la expresa previsión del art.

524. Cfr. PECES MORATE, J.E. “Publicidad y secreto sumarial” en *Rev. Justicia* núm. especial XI, pág. 131.

525. Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos de derecho procesal*. Ed. Cívitas. Madrid, 1981. Pág. 236; Aunque, como pone de manifiesto PEDRAZ PENALVA, E. “Notas sobre publicidad y proceso” en *Rev. Poder Judicial* Núm. especial, XI. págs. 115 y ss. *passim*, la publicidad en su primitivo sentido liberal ha perdido gran parte de su significado.

526. Art. 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (Roma, 1950); Art. 14 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966). Igualmente aparece en el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que conforme al art. 10. 2 de la CE servirá de pauta para la interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales. Vid. al respecto BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. *El derecho fundamental...* cit. págs. 33 y ss. y cap. IX, *passim*.

680 de la LECrim, que sanciona su infracción con la nulidad, no existe en nuestro ordenamiento procesal otra disposición que establezca con claridad las consecuencias de su infracción.

Con respecto a lo que debe entenderse por *publicidad* de las actuaciones es necesario advertir que lo que se denomina publicidad interna —esto es, el derecho de las partes a intervenir y a estar presentes en las actuaciones judiciales— es parte integrante del derecho de defensa⁵²⁷ y su protección por medio de la nulidad se realiza a través del núm. 3º del art. 238⁵²⁸. Así pues, el derecho a un proceso público, no hace referencia al que

527. Cfr. PEDRAZ PENALVA, E. “Notas sobre...” cit. págs. 122-123. Aunque, como pone de manifiesto el autor cit., la doctrina del TC es dubitativa a la hora de residenciarlo en uno u otro precepto. Cfr. igualmente STS de 17 de septiembre de 1990 R. 7167, en la que se fundamenta la presencia del acusado en las sesiones del juicio oral en los principios de contradicción y defensa.

528. Cfr. STS 2ª de 2 de abril de 1993. Este derecho de asistencia e intervención no puede ser limitado en ningún caso (cfr. ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios a las leyes políticas* Ed. Edersa. Madrid, 1983. T.III. pág. 54), salvo lo dispuesto para la fase de investigación del proceso penal, vid. al respecto PECES MORATE, J.E. “Publicidad y secreto...” cit., págs. 131 y ss. Las peculiares características del proceso penal hacen que la asistencia del acusado al juicio no pueda ser limitada por ninguna causa distinta de la alteración del orden de las sesiones (art. 687 LECrim), ni considerarse compensada por la asistencia de su defensor. Aunque la situación de incomunicación del acusado respecto de su defensor en nuestro proceso penal, y las exiguas posibilidades de intervención, hacen su asistencia bastante inútil. Vid. al respecto MÁRQUEZ DE PRADO, M.D. y MARTÍNEZ ARRIETA, A. “Validez de la prueba testifical en ausencia del procesado” en *Rev. Poder Judicial*. Núm. 21, marzo de 1991. Págs. 134-136. En este sentido supone un avance lo prescrito en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal del Juado. Cfr. BOC. Serie A, núm. 64-14 de 2 de marzo de 1995.

tienen las partes a estar presentes e intervenir en las actuaciones, sino al derecho a que el proceso se realice en *audiencia pública*, como se deduce del art. 229 de la LOPJ.

La publicidad de las actuaciones judiciales, aunque tiene un innegable contenido político, está configurada en nuestro ordenamiento como una característica del ejercicio de la función jurisdiccional⁵²⁹ y como un derecho de las partes intervinientes en el proceso a que el acceso a la sala donde las actuaciones tengan lugar sea libre⁵³⁰. El derecho de asistencia de los ciudadanos, es tan sólo una consecuencia indirecta, cuya infracción sólo tendrá influencia en el proceso cuando elimine, de hecho, la libertad de acceso. Es decir, la privación de la posibilidad de acceso a una persona o personas determinadas, en virtud de las facultades de policía de estrados del Tribunal⁵³¹, no constituyen infracción del derecho a un proceso público⁵³².

Hay disparidad en la doctrina sobre qué actuaciones judiciales deben ser públicas⁵³³. El artículo 229 de la LOPJ hace una relación, aparentemente exhaustiva, que se refiere a las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas. Por su parte la LEC en los arts. 313 y 570 dispone que las pruebas

529. Cfr. art. 120 CE.

530. Cfr. art. 24 CE. Cfr. tb. STC 176/88 de 4 de octubre, donde se hace referencia a él como garantía de los justiciables.

531. Cfr. art. 684 LECrim.

532. Aunque puedan constituir infracciones de otros derechos fundamentales respecto de las personas a las que se impide el acceso. Cfr. STC 30/82 de 1 de junio.

533. Así GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal* ob. col. cit. 1989, T.II, pág. 92, configura la publicidad en torno a los actos de prueba, mientras que PEDRAZ PENALVA, E. "Notas sobre..." cit., pág. 116, la extiende a todo tipo de actuaciones sin distinción.

se practiquen en audiencia pública, y el art. 680 de la LECrim, ya mencionado, hace referencia a la publicidad de los debates. Pero sólo el último de ellos sanciona la infracción de la publicidad con la nulidad de las actuaciones practicadas.

Tal disparidad de trato no puede pasar desapercibida, pues sin duda tiene que ver con los principios que rigen el proceso en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, así como con la estrecha relación que existe entre la oralidad del procedimiento y la publicidad, pues sólo la oralidad permite la percepción inmediata de las actuaciones por quienes no son parte en el proceso⁵³⁴. Es posible sostener, en consecuencia, que sólo en el proceso penal la infracción de la publicidad debe ser valorada en relación con la nulidad de actuaciones⁵³⁵.

Ahora bien, dentro del proceso penal, es preciso determinar el contenido de esta infracción, pues parece claro que un excesivo rigor en este aspecto puede llevar a conclusiones absurdas⁵³⁶. La doctrina del TC, en consonancia con lo dispuesto en

534. En este sentido, parece evidente que la catalogación como invalidante de la infracción de la publicidad en el proceso penal, está íntimamente relacionada con el principio de oralidad del procedimiento que recoge el art. 120 de la CE, *sobre todo en materia criminal*.

535. Y quizás también en el laboral. Ello es además acorde con la práctica diaria de los juzgados del orden civil, pues la mayoría de las pruebas no se realizan en audiencia pública, fundamentalmente por problemas de espacio. Aunque en ocasiones es la ausencia del titular del órgano la que impide que se respete esta norma. No obstante debe advertirse que en la jurisprudencia del TEDH no se hacen distinción de órdenes jurisdiccionales en este terreno Cfr. SSTEDH de 24 de junio de 1993 (Caso Schuler-Zraggen) y de 23 de febrero de 1994 (Caso Fredin), entre otras muchas.

536. Así la STEDH de 6 de diciembre de 1988 (caso Barberá, Messegué y Jabardo) (BJC 1989-93 págs. 180 y ss.) proscribió como contraria al principio de publicidad la fórmula *por reproducida* en la prueba documen-

el art. 680 de la LECrim, y con objeto de preservar la posibilidad de secreto de las actuaciones sumariales, ha entendido que la prescripción de publicidad debe restringirse al juicio oral⁵³⁷. En el mismo sentido se ha pronunciado el TS considerando que la celebración de la comparecencia previa a puerta cerrada no infringe lo dispuesto en el art. 680 de la LECrim⁵³⁸.

En cuanto a la posibilidad de eliminar la publicidad en supuestos determinados, el TC se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de las excepciones establecidas en el art. 680 de la LECrim, y ha considerado suficiente motivación de la resolución de celebrar el juicio a puerta cerrada la referencia a dicho artículo, cuando del contenido de la causa pueda deducirse con claridad a cuál de ellos se refiere⁵³⁹.

tal. A parte de que nuestras leyes no exigen la lectura de los documentos como *práctica* de este medio de prueba, sino exclusivamente su incorporación y el examen e inspección por el Tribunal (cfr. art. 726 LECrim. Vid. tb. STS de 18 de septiembre de 1986 R.A. 4683), la mencionada fórmula sólo permite incorporar la prueba documental al proceso *cuando todas las partes están de acuerdo*.

537. STC 176/88 de 4 de octubre.

538. Cfr. STS de 18 de noviembre de 1991 R.9448, ya cit.

539. Esta doctrina, en opinión de algunos autores, otorga al órgano jurisdiccional una discrecionalidad excesiva en la valoración de los motivos. Cfr. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. *El derecho fundamental...* cit., págs. 512-514.

TERCERA PARTE

**LA APLICACIÓN DE LA NULIDAD:
MECANISMOS DE VALORACIÓN Y LÍMITES**

CAPÍTULO I

LOS MECANISMOS DE VALORACIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO

1. Consideraciones generales sobre el sistema de la LOPJ

La articulación de los mecanismos procesales que permitan denunciar la nulidad procesal se lleva a cabo en el art. 240 de la LOPJ, que ha sido sin duda el precepto más problemático de toda esta novedosa normativa. El esquema diseñado no puede ser más sencillo: en el núm. 1 se establecen los mecanismos que deben utilizar las partes para hacer valer la nulidad, esto es, los recursos y demás medios establecidos en las leyes procesales; en el núm. 2 se establece la posibilidad de que la nulidad sea apreciada de oficio por el juez. La regulación legal en este punto supone, respecto del ordenamiento procesal civil, una confirmación de la reforma iniciada en la Ley 34/84⁵⁴⁰.

540. Reforma que, aunque limitada al ordenamiento procesal civil, repercutió directamente en los demás, a los que la jurisprudencia había aplicado la regulación procesal civil para solucionar cuestiones de nulidad.

Suprimido el incidente de nulidad de actuaciones, se hacía necesario establecer un cauce adecuado para que la categoría de la nulidad pudiera desplegar su eficacia protectora en el proceso, y este medio no fue otro que la utilización de los correspondientes recursos, según estableció el reformado art. 742 de la LEC.

Una confirmación y una *rectificación*, según un sector de la doctrina⁵⁴¹ y la jurisprudencia Constitucional, pues *después de haber dispuesto que la nulidad de pleno derecho se hará valer mediante los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate, (...) faculta a los Jueces y Tribunales para declarar la nulidad de actuaciones siempre que no haya recaído sentencia definitiva*⁵⁴².

La polémica desencadenada por este precepto, todavía inconclusa, tiene su origen en la concepción organicista de la nulidad, que trae como consecuencia el rechazo de cualquier límite que intente ponerse a la categoría. Sin embargo, desde el punto de vista pragmático adoptado en este trabajo, la nulidad no sólo es que *pueda*, sino que *tiene* que tener límites, como los tiene el ordenamiento jurídico positivo en su conjunto.

La nulidad, para desplegar su eficacia, debe ser valorada por el juzgador. El precepto que estamos analizando se limita⁵⁴³ a determinar a través de qué cauces puede someterse a esa valoración. La remisión a los recursos y demás medios establecidos tiene como efecto fundamental la eliminación de los privilegios

541. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 241, que considera incorrecto el art. 742, pues *no siempre se puede recurrir una resolución nula como sucede en los casos de rebeldía involuntaria*.

542. STC 185/90 de 15 de noviembre.

543. Además de la referencia a los defectos de forma que, como queda dicho, hay que poner en relación con el núm. 3 del art. 238.

procesales de los que la nulidad venía gozando, y su sometimiento a la disciplina impugnatoria común, con todos sus requisitos y limitaciones, y, muy especialmente, los derivados de la firmeza de la sentencia.

El establecimiento de la facultad de Jueces y Tribunales de apreciar la nulidad, cualquiera que sea su causa, antes de que recaiga sentencia definitiva, supone además, la eliminación de una de las notas fundamentales que según la doctrina permitían diferenciar la nulidad de la anulabilidad⁵⁴⁴, en línea con esa tendencia descrita por algunos autores como de oficialización progresiva del proceso civil⁵⁴⁵.

En el análisis de este precepto, en apariencia sencillo, es preciso tener en cuenta diversos aspectos de la nulidad procesal que, de un modo u otro, influyen en la determinación de los cauces existentes para denunciarla. La remisión que hace la Ley a los recursos, p. ej., no significa que baste con hacer un elenco de los recursos existentes en los distintos ordenamientos procesales. Hay recursos que por su carácter extraordinario no siempre podrán utilizarse con esta finalidad. Los medios de impugnación, por otro lado, no son los mismos en las distintas fases del proceso. Debe tenerse en cuenta, igualmente, la repercusión que en esta materia tiene el principio de preclusión.

544. Cfr. de la MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 229.

545. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. T.I. págs. 84-85. Al tiempo que de privatización del derecho procesal penal Cfr. RIVES SECA, A.P. “El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la Ley Orgánica 7/88 de 28 de diciembre” en *Rev. Poder Judicial* (2ª época) Núm. 19, septiembre de 1990, pág. 46.

La referencia a otros medios ha sido calificada como confusa⁵⁴⁶. Sin embargo, está claro que existen cauces distintos de los recursos que pueden ser utilizados para denunciar la nulidad o para prevenirla. E incluso algunos de ellos tienen, entre otras, esa finalidad específica. Las *comparecencias saneadoras*, las excepciones y los artículos de previo pronunciamiento, son buena muestra de ello⁵⁴⁷. Además, como en repetidas ocasiones la doctrina ha puesto de manifiesto, el *recurso* de revisión y la *audiencia al demandado rebelde* no son propiamente recursos, sino procesos autónomos que lógicamente entrarían en este apartado. Lo mismo cabría decir del *recurso de amparo*, dada su peculiar naturaleza. Y nada impide que el legislador pueda arbitrar otros medios específicos con esta finalidad.

Por último, respecto de la apreciación de oficio debe abordarse la problemática de los límites. No sólo el de la sentencia definitiva —resuelto finalmente(?)⁵⁴⁸ por el TC— sino también el de la posible operatividad de la preclusión respecto del juez, así como la apreciación de oficio por el órgano que conoce en segunda instancia, o en el recurso, de la nulidad de lo actuado por el inferior.

La primera distinción que, desde mi punto de vista, es necesario hacer se refiere a la propia situación de pendencia del proceso. Mientras el proceso está pendiente —y lo está hasta el momento en que adquiere firmeza la resolución que le pone fin— las posibilidades de aplicación de la nulidad son máxi-

546. Cfr. STC 185/90 de 15 de noviembre. Cfr. igualmente PRIETO CASTRO, L. *Derecho de los Tribunales...* cit. pág. 469.

547. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios...* Ob. col. cit., pág. 627.

548. Parecía finalmente resuelto, pero el propio TC ha vuelto a abrir una brecha en este punto de crucial importancia en la S. 245/91 de 16 de diciembre.

mas, aunque con limitaciones; y, en consecuencia, son múltiples los cauces procesales previstos para conseguir su valoración. Tras la firmeza de la resolución final⁵⁴⁹, por el contrario, los efectos derivados de la cosa juzgada, se convierten en un obstáculo, muchas veces insalvable, para la valoración y aplicación de la nulidad y, en definitiva, para su misma existencia.

No obstante, dentro de esa primera situación de pendencia del proceso, las posibilidades de valoración de la nulidad son distintas para el propio órgano jurisdiccional que la ha *provocado* y para su superior jerárquico cuando conoce a través de los distintos medios de impugnación. Por ello, apartándonos en este punto del esquema seguido por la LOPJ, analizaremos en sentido ascendente estos distintos apartados que configuran lo que podríamos denominar una *progresiva disminución de las posibilidades de valoración de la nulidad*⁵⁵⁰.

2. Mecanismos procesales para la valoración de la nulidad por el mismo órgano cuya resolución la provoca

Una observación previa debe hacerse sobre el propio enunciado de este apartado. Y, para ello, debemos recordar lo expuesto en su momento sobre la eficacia de los actos procesales.

549. Si bien no se nos oculta la necesidad que existe en el momento actual de revisar el concepto de *firmeza*. Cfr. Voto particular de GIMENO SENDRA a la STC 245/91 de 16 de diciembre. VERGÉ GRAU, J. “La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal” en *Rev. Justicia*, 1993, núms. III y IV. *passim*.

550. Disminución lógica, pues como ya vimos al comienzo de este trabajo, nos encontramos en el vértice del ordenamiento y la nulidad, de poderse aplicar ilimitadamente, podría poner en cuestión la eficacia de todo el sistema. Vid. *supra*, págs. 51 y ss.

Según manteníamos más arriba, puesto que sólo los actos jurisdiccionales tienen eficacia por sí mismos, pues la eficacia de cualquier otro requiere su incorporación al proceso, y ésta se realiza siempre a través de una resolución judicial, es coherente pensar que son precisamente las resoluciones las que la *provocan*. De ahí que el capítulo de la LOPJ objeto de nuestro estudio se refiera a la nulidad de los actos jurisdiccionales, y que el artículo 240 de la misma que aquí analizamos, se refiera a *la resolución de que se trate*, al hablar del modo de *hacer valer la nulidad*. Ya antes de la promulgación de la LOPJ, el art. 742 de la LEC⁵⁵¹ estableció que los vicios que pudieran producir la nulidad se harían valer a través de los correspondientes recursos.

A pesar de todo, la complejidad del proceso y la heterogénea naturaleza y finalidad de sus actos, aisladamente considerados, exige que hagamos algunas matizaciones al respecto. En este sentido VERGÉ GRAU hace notar que determinadas infracciones que pueden provocar la nulidad, ni son consecuencia de una resolución judicial, ni pueden por lo tanto ser atacadas a través de los correspondientes recursos⁵⁵². Por ello, considera que, si bien los recursos son un medio idóneo para impugnar las resoluciones y absorben, junto con las cuestiones de fondo, las relativas a la nulidad, el *incidente de nulidad* de actuaciones sería

551. En su nueva redacción tras la reforma operada por la L. 34/84.

552. Cfr. *La nulidad...* cit. págs. 70-75 y Parte tercera, *passim*. Vid. especialmente págs 187-198 y 214-225. Vid. tb. al respecto SERRA DOMÍNGUEZ, M. “La denuncia de las nulidades procesales tras la supresión legal del incidente de nulidad” en *Rev. Jur. de Catalunya*, 1985, núm. 1. y pág. 34. y *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 627. En el mismo sentido MARTÍN DE LA LEONA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 265, para el que, en esos casos debe reconducirse su impugnación a *los demás medios establecidos por las leyes procesales* del art. 240.1 de la LOPJ.

el cauce adecuado para impugnar los demás actos procesales, e incluso determinadas resoluciones que a través de los recursos no pueden ser ya atacadas⁵⁵³.

A pesar del respeto que impone la elaborada construcción del prof. VERGÉ GRAU, pienso que esta cuestión admite un enfoque alternativo, compatible con el esquema de eficacia procesal que se ha expuesto. Cuando hablamos de que la nulidad es *provocada* por las resoluciones judiciales, no pretendemos afirmar que ello se produzca siempre de la misma manera. Unas veces se trata de infracciones cometidas en el propio contenido de la resolución o por un defecto de forma de la misma; en otras ocasiones, la nulidad tiene su origen en el acto que la resolución incorpora al proceso, o en la ejecución material de la resolución. E incluso —y aquí es donde, efectivamente, surgen más dificultades— puede que en algunos casos, no exista una resolución expresa.

Sin embargo, pienso que el principio enunciado sigue teniendo validez. En unos casos porque, antes o después, recaerá una resolución que, ordenando continuar el procedimiento, constituye una valoración positiva sobre la adecuación de lo actuado con el ordenamiento procesal⁵⁵⁴; en otros porque tal

553. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., págs. 187-188. Vid. en el mismo sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M. “La denuncia...” cit., pág. 34 y *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 833, si bien SERRA, a diferencia de VERGÉ GRAU, admite la desaparición del incidente operada por la Ley, y únicamente apela al buen sentido de los tribunales para rellenar la laguna existente.

554. Con respecto a los actos de comunicación, p. ej. la ejecución material de los mismos no corre a cargo del Juez. Pero, tras su práctica, siempre existirá una resolución —al menos una vez cumplido el término o transcurrido el plazo correspondiente—, con los efectos consiguientes: teniendo

resolución ya ha recaído implícitamente⁵⁵⁵. Por otro lado parece por lo menos cuestionable el que dentro de la mecánica del proceso pueda hablarse con propiedad de *impugnación* de cualquier acto distinto de una resolución. La adopción de una u otra postura puede ser decisiva, como veremos, para sostener la pervivencia o desaparición del incidente de nulidad de actuaciones en nuestro ordenamiento.

Por lo que respecta a los mecanismos procesales que permitan valorar la nulidad al juez que está conociendo del pleito o causa, que son objeto de este apartado, es preciso comenzar analizando la facultad de apreciarla de oficio, pues aunque la LOPJ la coloca en segundo lugar, es evidente que se trata del medio principal, en defecto del cual podrán las partes utilizar los demás⁵⁵⁶. Es más, esta facultad de apreciación de oficio hace que cualquier cauce imaginable pueda ser idóneo para poner de manifiesto ante el órgano de instancia las infracciones cometidas.

En segundo lugar analizaremos los otros cauces posibles, entre los que incluimos los recursos no devolutivos, pues a través de ellos, el propio órgano autor de la resolución puede va-

por contestada la demanda o declarando la rebeldía o admitiendo la ejecución de la sentencia notificada personalmente al demandando rebelde, etc.

555. Así, p.ej. la admisión a trámite de la demanda lleva implícita una valoración positiva de la propia competencia del órgano jurisdiccional. Los supuestos analizados por SERRA DOMÍNGUEZ, M. en “la denuncia...” cit., págs. 35 y ss. son ciertamente inquietantes, pues ponen de manifiesto la infinidad de supuestos que pueden darse. Por ello, la suficiencia de la solución interpretativa propuesta en este trabajo queda sometida a ulteriores comprobaciones.

556. Cfr. SAAVEDRA GALLO, P. “Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil” en *Rev. BDF*, Núm. 1, Otoño de 1992, Pág. 197 quien, aunque indirectamente, parece sostener esta postura.

lorar y aplicar la nulidad. Como dijimos más arriba, nos encontramos en el momento de máximas posibilidades de valoración.

El control de oficio por el órgano jurisdiccional

Calificar la facultad de apreciación de oficio de la nulidad como *mecanismo procesal* no es, quizá, muy correcto. Pero, como con mayor motivo puede considerarse incorrecta su catalogación como *medio de impugnación*, permítaseme utilizar el término provisionalmente —en tanto alguien encuentra uno más adecuado— como instrumento útil para mantener el esquema de nuestro estudio.

Tres puntos, al menos, deben ser analizados en relación con esta facultad de apreciación de oficio. El primero hace referencia a su fundamentación, especialmente cuando se trata de una facultad otorgada con carácter general, sin distinción de órdenes jurisdiccionales. El segundo hace referencia a los límites de esta facultad: qué infracciones pueden ser objeto de apreciación y cuándo pueden ser objeto de apreciación. Por último, es necesario hacer una referencia al procedimiento que debe seguir el órgano jurisdiccional para declarar la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

– FUNDAMENTACIÓN Y CONSECUENCIAS

Las facultades de oficio de los órganos jurisdiccionales en materia de nulidad no eran desconocidas por nuestro ordenamiento procesal antes de la promulgación de la LOPJ. Las Leyes procesales otorgaban la facultad de control de oficio de determinadas infracciones invalidantes, aunque de manera muy

limitada. En opinión de MORÓN⁵⁵⁷ tales supuestos se reducían a tres en el orden civil: la falta de competencia por razón de la materia, que el propio juez podía apreciar de oficio, regulada en el art. 74 de la LEC⁵⁵⁸; la incompetencia por razón de la cuantía, regulada en el art. 491 de la LEC y la nulidad de los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza, del art. 442⁵⁵⁹.

VERGÉ GRAU⁵⁶⁰ ve también una manifestación de esta posibilidad de control de oficio en los arts. 372 y 337 del mismo cuerpo legal⁵⁶¹, a pesar de que en ellos no queda claro si el control faculta al órgano que conoce en segunda instancia para anular, o sólo para corregir disciplinariamente.

Existía además, como ya hemos visto, el convencimiento generalizado de que las infracciones procesales que provocaran nulidades de pleno derecho eran controlables de oficio por el juez⁵⁶². Pero lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia eran ciertamente cautelosas en la aplicación de esta facultad. En unos casos por las dificultades procedimentales que

557. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. págs. 176 y 177.

558. Ampliada al órgano que conoce del recurso por la L. 34/84.

559. Como ya vimos más arriba se trata de un supuesto esencialmente diferente de los demás, en la medida en que el sujeto que debe apreciar la nulidad es precisamente el que está sufriendo la violencia o la intimidación.

560. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., págs. 83-84.

561. Relativos a la necesaria expresión, en la sentencia, de la observancia de las prescripciones legales en la sustanciación del juicio y al control de la regularidad del procedimiento en la segunda instancia, respectivamente.

562. Vid. p. ej. SERRA, *Estudios...* cit. pág. 463. Desde muy antiguo en la jurisprudencia, como pone de manifiesto VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. págs. 187 y ss. Vid. tb. entre otras SSTs 21 de noviembre de 1969 R. 5540; 17 de mayo de 1972 R. 2187; 2 de abril de 1979 R. 1549.

se podían derivar de ella⁵⁶³; en otros por la quiebra del principio dispositivo que su reconocimiento podía suponer en el proceso civil, en el que, además, determinadas infracciones de este tipo están catalogadas por la LEC como *excepciones*⁵⁶⁴. En definitiva, la falta de claridad legal impedía elaborar un criterio seguro en esta materia —no obstante ser aplicado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia⁵⁶⁵— y existía una preocupación creciente al respecto por parte de la doctrina⁵⁶⁶. De modo singular PRIETO CASTRO proponía una solución —análoga a la adoptada luego por la LOPJ— para todos aquellos supuestos en los que fuera innecesario acudir al recurso: *deberían ser objeto de una comparecencia ante el juez o la sala, que decidirían en un plazo muy breve (...) pero sobre todo habría que dar entrada, con la mayor amplitud posible al sistema de subsanaciones o convalidaciones*⁵⁶⁷.

Con la reforma de la LEC del año 84, las facultades de control de oficio por el Juez en el *juicio de menor cuantía* quedan sensiblemente ampliadas. En concreto en el art. 693.3 establece

563. En el proceso penal, p. ej. Vid. en este sentido SSTS de 5 de mayo de 1953 R. 1432; 25 de febrero de 1954 R.A. 501; 6 de marzo de 1961 R. 813 y 22 de junio de 1962 R.A. 2823.

564. Aunque dicha catalogación no se considera definitiva. Vid. sobre esto CARRERAS *Estudios de Derecho Procesal*. (coaut. FENECH, M.) Ed. L. Bosch. Barcelona, 1962. Pág. 280.

565. Cfr. STS de 9 de octubre de 1944 R. 1082; 7 de marzo de 1949 R.577; 11 de octubre de 1950 R. 1572 y 10 de noviembre de 1952 R. 2282.

566. Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V. *Sugerencias para el "anteproyecto de bases para el código procesal civil" de 1962* Ed. Universidad de Valencia. Valencia, 1962. Págs. 141-143. SERRA DOMÍNGUEZ, "Balance de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en *Para un proceso civil eficaz*. Ed de Ramos Méndez. Barcelona, 1982. Pág. 251.

567. *Tratado...* cit., 1984. T.I, pág. 580.

como uno de los objetos posibles de la comparecencia el de *subsanan o corregir, si fuese posible, los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos, o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez (...)*⁵⁶⁸.

Pues bien, a través del art. 240.2 de la LOPJ, la facultad de apreciación de oficio de la nulidad se atribuye con carácter general a todos los órganos jurisdiccionales, haciendo desaparecer uno de los criterios que tradicionalmente permitían distinguir los supuestos de nulidad de los de anulabilidad. Ello significa, desde mi punto de vista, un cambio de perspectiva trascendental en el tratamiento de la nulidad procesal, coherente con el resto de la regulación⁵⁶⁹. La nulidad procesal, por su objeto de protección, no debe quedar en ningún caso sometida al principio dispositivo. El control del orden público procesal debe quedar incluido sin restricciones dentro de las facultades de oficio del órgano jurisdiccional. Se trata por tanto de una facultad ordinaria de todo órgano jurisdiccional que, a pesar de la dicción de la Ley, debe ser catalogada como el mecanismo de valoración por excelencia⁵⁷⁰.

568. Más que de una ampliación se trata de una delimitación en la línea ya emprendida por la doctrina y la jurisprudencia, relativa a los presupuestos y requisitos procesales. Cfr. p. ej. GUASP. *Derecho procesal...* cit. T.I, pág. 276.

569. Y sin duda adquiere su plena trascendencia dentro de la tendencia legislativa apreciada, entre otros, por PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. T.I. págs. 84-85 de oficialización del proceso civil como medio *para combatir la conversión de éste en una lucha de destreza argucias y abusos*.

570. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit., 1985. T.II. págs. 642 y ss. En este sentido, hubiera sido más lógico situar la apreciación de oficio en el núm. 1, y hacer referencia en el núm. 2 a que *sin perjuicio de ella*, las

Indudablemente, la existencia de una facultad de oficio en el órgano jurisdiccional, genera el derecho de las partes a pedir que se ejerza: lo que el juez puede hacer de oficio, también puede hacerlo a instancia de parte. Sin embargo, la solicitud de las partes, no modifica la naturaleza de la facultad. Por ello, desde el punto de vista de la determinación de los mecanismos para hacer valer la nulidad, no pueden equipararse los recursos y los demás medios que establezcan las leyes procesales (núm. 1 del art. 240), con la excitación de parte realizada en virtud de la facultad de apreciación de oficio (consecuencia indirecta del núm. 2 del mismo art.)⁵⁷¹.

Esta equiparación, desde mi punto de vista, no puede hacerse porque, al igual que en otros supuestos similares⁵⁷², la solicitud de parte realizada con fundamento en el núm. 2 —que no requiere sometimiento a trámite ni plazo alguno— no obliga al órgano a resolver sobre ella, ni sustituye al cauce específico que podía haberse utilizado⁵⁷³. Por ello, si bien la alegación

partes podrán hacer valer la nulidad a través de los recursos y los demás medios.

571. En este sentido pone de manifiesto MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 269, que la prohibición de suscitar incidentes de nulidad de actuaciones no equivale a la prohibición de denunciarlos, sino sólo como incidentes.

572. Piénsese p. ej. en las diligencias para mejor proveer que el órgano judicial puede acordar de oficio (cfr. arts. 340 y 874 LEC) y que las partes pueden también solicitar, pero sin que ello genere la obligación del órgano de resolver sobre la petición; Cfr. tb. las facultades que concede al Tribunal la LECrim en su art. 729 sobre diligencias que pueden ser acordadas, que son esencialmente distintas de las solicitadas previamente por las partes.

573. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios...* ob. col. cit. pág. 632, quien pone de relieve la posible pasividad del órgano ante una solicitud

extemporánea pudiera ser eficaz para conseguir una declaración de nulidad, no lo es para impedir los efectos saneadores de la preclusión cuando se producen⁵⁷⁴. Pues, de la misma manera que el órgano puede estimar la pretensión de nulidad, puede también desconocerla⁵⁷⁵, lo cuál hace necesario intentar establecer los límites, pues se corre el riesgo de aplicaciones arbitrarias⁵⁷⁶.

Por otra parte, nada puede impedir que el conocimiento por el juez, de la infracción cometida, provenga de los funcionarios de la oficina judicial o de terceros⁵⁷⁷. Esto significa que, en el ejercicio de esta facultad, pueden existir actividades de comprobación previas, por parte del órgano jurisdiccional, que se entiendan con una sola de las partes o con un tercero. Aunque la Ley exija que antes de declarar la nulidad se oiga a las partes, no cabe entender por ello que sean las alegaciones de las partes en esa *audiencia* el único material que el órgano pueda tener en cuenta, pues ello supondría el sometimiento del control sobre el orden público procesal al principio de aportación de parte.

de este tipo. Cfr. STS de 3 de junio de 1991. R. 4409; STC 191/88 de 17 de octubre.

574. Vid. *infra*, pág. 251.

575. No obstante, al menos por el momento, existen criterios dispares. Vid. p. ej. ATS de 10 de julio de 1990 R. 5987 en el que el TS anula la admisión de una apelación por la Audiencia Nacional, para que resuelva lo que es calificado como *incidente de nulidad de actuaciones* promovido al amparo del art. 238 de la LOPJ.

576. Cfr. GUI MORI, T. “La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela judicial efectiva” en *Rev. La Ley* 1988. T. 3, págs. 958-959. Cfr. STC 11/88 de 2 de febrero.

577. como puede suceder en los supuestos de incapacidad de hecho del demandado.

– LOS LÍMITES DE LA APRECIACIÓN DE OFICIO

a) *Infracciones que pueden ser apreciadas de oficio*

Por lo que respecta a las infracciones que pueden ser objeto de valoración por el juez, parece claro que la LOPJ no ha establecido limitación alguna. Cualquier infracción que pueda provocar la nulidad de acuerdo con el art. 238 de la LOPJ puede ser apreciada de oficio por el juez. No existen infracciones renunciables, esto es, sometidas al principio dispositivo⁵⁷⁸. Únicamente el hecho de que proceda la subsanación, impide valorar al juez la nulidad. Y ello no es contradictorio, pues como veíamos más arriba la subsanación es una categoría que se encuentra en una fase lógica anterior a la nulidad.

Parece claro, en consecuencia, que la posibilidad de subsanación de oficio forma parte del contenido de esta facultad de control que no es puramente negativa⁵⁷⁹. El órgano Jurisdiccional debe, previamente a la declaración de nulidad, comprobar si las resoluciones afectadas por la infracción pueden ser subsanadas. Debiendo, cuando así suceda, acordar lo que corresponda para que la subsanación se lleve a cabo, sin que en este caso

578. Aunque esta afirmación debe matizarse en relación con la función saneadora de la preclusión. Vid. infra. pág. 251.

579. Cfr. CONSO, G. “Prospettive per un inquadramento delle nullità processuale civile” en *Riv. Trim. Dir. Proc.* 1965, pág. 115, donde pone de manifiesto la excepcionalidad de la declaración de nulidad. En el mismo sentido MARTINETTO, G. “Della nullità degli atti” en *Comentario del Codice di Procedura Civile* ob. col. dirigida por E. Allorio. Ed. UTET. Torino, 1980. Vol.I, pág. 1615; MARTÍN DE LA LEONA, J.M. *La nulidad...* cit. Pág. 268.

sea necesaria la audiencia previa de las partes⁵⁸⁰. Dicha *subsanción* puede consistir en diversas actividades, algunas de las cuales sólo pueden ser realizadas por las partes, mientras que otras las puede llevar a cabo el juez; o no consistir en nada, pues el término se emplea en sentido genérico comprensivo de muy diversos supuestos.

Esta amplitud de la facultad de apreciación de oficio, requiere una delimitación de las infracciones que son capaces de producir la nulidad que, según hemos visto, debe hacerse a partir del supuesto contemplado en el núm. 1ª del art. 238 de la LOPJ, y el criterio general del núm. 3ª del mismo artículo. A lo allí expuesto nos remitimos.

b) *Limites “temporales” para la apreciación de oficio*

Por lo que respecta a los límites *temporales*, por llamarlos de algún modo, la solución no es tan sencilla. Cabría deducir del tenor literal de la Ley que la única limitación existente en este sentido es la emisión por el órgano de la sentencia definitiva: *el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva (...) declarar la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular*. Ese *todas* parece significar que, mientras no haya recaído sentencia definitiva, todo lo actuado puede ser nuevamente revisado por el juez, de oficio. Pero lo cierto es que antes de la sentencia definitiva el órgano ha dictado diversas resoluciones interlocutorias que han

580. Así puede deducirse del art. 240.2 de la LOPJ, que sólo la exige para declarar la nulidad. E igualmente del art. 63 del R.D. 21 de noviembre de 1952. No obstante, debe atenderse a los efectos que se derivan de la subsanción, pues la norma general que preside el ejercicio de las funciones de oficio del juez es su sometimiento a la contradicción de las partes. Cfr. ORTELLS RAMOS, “Principio acusatorio, poderes oficiales del juez y principio de contradicción” en *Rev. Justicia*, 1991, Núm. IV. pág. 779.

ido adquiriendo *firmeza*. Veamos separadamente estas cuestiones.

— La sentencia definitiva

El concepto de sentencia definitiva no parece que deba revestir especiales problemas pues, como dice GÓMEZ DE LIAÑO, se trata de uno de los conceptos más claros del ordenamiento procesal⁵⁸¹. Tal afirmación, que compartimos enteramente, tiene su fundamento en diversos artículos de la LEC y de la LOPJ. En concreto: el art. 372 de la LEC, que alude a la estructura de las *sentencias definitivas*⁵⁸²; los arts. 382 y 403 del mismo cuerpo legal, así como el art. 141 de la LECrim, entre otros. Igualmente encontramos este término en la propia LOPJ, cuyo art. 265 establece que *En cada Juzgado o Tribunal se llevará, bajo la custodia del Secretario respectivo, un libro de sentencias, en el que se incluirán firmadas todas las definitivas, autos de igual carácter, así como los votos particulares que se hubieran formulado (...)*.

El calificativo de *definitiva* debería ser consustancial a la sentencia. La propia LEC al determinar la forma que deben revestir las resoluciones en su art. 369 denomina sentencias a *las que decidan definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia o un recurso extraordinario; las que recayendo sobre un incidente pongan término a lo principal, objeto del pleito,*

581. Cfr. “Nulidad de sentencias sin necesidad de recurso” en *Rev. La Ley*, 1989, T.I., pág. 906. En contra, CANO MATA, A. “Posibilidad de anulación por la jurisdicción ordinaria de sentencia penal ordenatoria, definitiva y firme, que infringe la Constitución sin necesidad de acudir al recurso extraordinario de revisión o de amparo” en *Rev. D. Proc.* núm. 3 de 1988, pág. 662.

582. Estructura que ha sido modificada por el art. 248 de la LOPJ.

haciendo imposible su continuación, y las que declaren haber o no lugar a oír a un litigante condenado en rebeldía. Sin embargo, la complicación de nuestro ordenamiento en este punto es todavía notable, porque la forma prescrita para determinadas resoluciones no coincide con el que deberían tener según el criterio legal citado⁵⁸³.

La confusión desaparece sin embargo, si atendemos a lo dispuesto en la LOPJ en este punto, que coincide exactamente con lo que —al margen de las más o menos arbitraria nomenclatura legal— la doctrina ha entendido: es definitiva la sentencia que pone fin a una instancia o recurso. Es decir, la que determina la *pérdida de jurisdicción* del juez, una vez pronunciada, para cualquier acto que no sea su ejecución o aclaración de algún concepto oscuro. Así se deduce claramente del art. 267 de la LOPJ que establece la inmodificabilidad de las sentencias y autos definitivos por los propios órganos que las han pronunciado una vez firmados⁵⁸⁴.

La inclusión de los autos definitivos es plenamente coherente, puesto que la Ley Orgánica en su art. 245, con gran acierto, prescribe la forma de auto para una serie de resoluciones que realmente ponen fin a una instancia. Y, en este sentido, aun no estando expresamente previstos en el art. 240.2. entiendo que tales resoluciones deben incluirse junto con la sentencia definitiva, al determinar los límites de la apreciación de oficio de la nulidad.

La problemática respecto a la sentencia definitiva, ha surgido a raíz de la sentencia 110/88 del TC, cuya doctrina fue pos-

583. Vid. p. ej. arts. 101 y 106 de la LEC y arts. 758-759 del mismo cuerpo legal.

584. Cfr. STC 185/90 de 15 de noviembre. Cfr. BORRADO INIESTA, I. “La nulidad...cit. Pág. 89 y VERGÉ GRAU, J. “La incidencia...” pág. 421.

teriormente rectificada por el propio Tribunal⁵⁸⁵, en la que se entendía por sentencia definitiva la *definitivamente ejecutada*. Con la doctrina emanada de la STC 185/90 de 15 de noviembre, declarando la constitucionalidad del art. 240.2 en este punto, queda perfectamente delimitado lo que constituye la sentencia definitiva y la lógica de su existencia como límite a la posibilidad de declaración de oficio de la nulidad: sólo a través de los correspondientes recursos y demás medios de impugnación, puede intentarse la valoración de la nulidad tras el pronunciamiento de la sentencia o auto definitivo⁵⁸⁶.

GARNICA MARTÍN⁵⁸⁷, considera que motivos de economía procesal deberían llevar a admitir la posibilidad de anulación por el propio órgano que emitió la resolución, incluso después de la firmeza de la sentencia. La inseguridad que se derivaría de esa posibilidad es notoria⁵⁸⁸, pero lo cierto es que la doctrina inicialmente emanada del TC ha servido para crear confusión⁵⁸⁹; hasta el punto de que en el proyecto ley presentado para la reforma de la LOPJ se contemplaba la creación de un extraordinario *incidente de nulidad de actuaciones* cuya interposición

585. Bastante rápidamente en STC 22/89 de 1 de febrero, en la que se reafirma que ningún tribunal puede anular una sentencia definitiva no susceptible de recurso salvo los extraordinarios de audiencia en rebeldía casación y revisión, cuando evidentemente procedan. Vid. el voto particular de GIMENO SENDRA a la STC 245/91 de 16 de diciembre, en el que se hace un resumen de la evolución en este punto.

586. En consonancia también con lo dispuesto en el art. 18.1 de la LOPJ.

587. “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme” en *Rev. Justicia*, 1990, Núm.IV. Págs. 897-926.

588. Cfr. STS 24 de febrero de 1992 R. 1424.

589. Como puede comprobarse en diversas resoluciones del TS. Vid. p. ej. AATS de 6 de mayo de 1991 R. 3555 y 11 de julio de 1991 R. 5813.

sería posible tras la firmeza de la sentencia ante el propio órgano que la dictó⁵⁹⁰. Incidente que, por fortuna, no pasó al texto definitivo. Las deficiencias en la regulación de determinados supuestos, no justifican cualquier solución. Y menos en un ámbito como éste, en el que cualquier vía de impugnación, por muy excepcional que pretenda ser, supone, casi, una invitación al alargamiento del proceso para quien no ha logrado sus pretensiones.

— Preclusión y firmeza de las resoluciones interlocutorias

Veíamos al comienzo de este epígrafe, como el texto legal podía llevar a pensar que el pronunciamiento de la sentencia definitiva es el único límite *temporal* para la valoración de la nulidad de las distintas resoluciones. O, por decirlo de otro modo, que hasta que no recaiga sentencia definitiva, todas las resoluciones dictadas pueden ser objeto de una nueva valoración por el órgano jurisdiccional sobre su nulidad. Dicha conclusión quedaría avalada al comprobar que tales resoluciones —las interlocutorias— no están incluidas en la prohibición del art. 267 de la LOPJ, que sólo se refiere a las sentencias y autos definitivos.

Una facultad tan amplia, sin embargo, no resulta fácilmente compatible con el efecto de cosa juzgada formal que —según

590. Cfr. art. undécimo del *Proyecto de Ley 121/000031 Orgánica por la que se reforma la L.O. 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial*. BOC V legislatura, Serie A, núm 45-1 de 4 de enero de 1994. Pág. 21. Un comentario sobre los problemas que generaría el texto del anteproyecto ha sido realizado por VERGÉ GRAU, J. “La incidencia...” cit. Págs. 470 y ss.

viene entendiendo la doctrina⁵⁹¹— producen las resoluciones interlocutorias una vez firmes. Su declaración de nulidad realizada de oficio choca con el principio de rogación, y con el hecho de haberse creado a través de ellas una situación procesal nueva, que no puede ser ignorada⁵⁹². El problema consiste, pues, en saber si el efecto de cosa juzgada formal derivado de la firmeza de las resoluciones interlocutorias, limita en algún caso la apreciación de oficio de la nulidad establecida en el art. 240.2 de la LOPJ.

Algunos autores ha buscado la solución considerando que el efecto de cosa juzgada formal de las resoluciones interlocutorias no se produce cuando estas son nulas⁵⁹³, pero esta argumentación, común a todas las concepciones organicistas de la nulidad, puede hacer quebrar gravemente la seguridad jurídica. No parece que sea necesario acudir a ella para hallar la respuesta al problema.

El hecho de que el art. 267 de la LOPJ, al igual que el art. 363 de la LEC, no hagan referencia a las resoluciones interlocutorias, no necesariamente significa que éstas sean revisables por el juez en cualquier momento. Es mucho más probable que con ello simplemente se ponga de manifiesto que el fundamento de su inmodificabilidad es distinto. En el caso de las sentencias y autos definitivos, como acabamos de ver, el fundamento de su inmodificabilidad deriva de la pérdida de jurisdicción del juez. Con respecto a las resoluciones interlocuto-

591. Basándose fundamentalmente en el art. 408 de la LEC. Cfr. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. pág. 176-177 y PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* Ed. de 1982 cit. T.I. pág. 782 y 786-788.

592. Cfr. STS de 22 de noviembre de 1985 R. 5628 y STC 67/86 de 27 de mayo.

593. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* pág. 80.

rias, sin embargo, es evidente que, tras dictarlas, el órgano sigue conservando su jurisdicción, pues de otro modo los recursos no devolutivos no podrían existir. Por ello, puede decirse que en este caso, la inmodificabilidad de las resoluciones es una consecuencia del principio de preclusión⁵⁹⁴, necesario para que pueda progresar el procedimiento⁵⁹⁵.

La preclusión produce sus efectos fundamentalmente respecto a las partes, privándolas de la posibilidad de realizar un acto o de impugnar una resolución⁵⁹⁶. Pero de modo indirecto produce sus efectos también respecto del juez, que viene obligado a inadmitir aquellos actos o impugnaciones cuya posibilidad de realización haya precluido. Siendo esto así, la apreciación de la nulidad de las resoluciones, efectuada de oficio no puede admitirse sin más, pues podría anular los efectos que la preclusión pretende conseguir.

La compatibilidad entre los poderes de oficio del Juez, respecto de la nulidad, hasta la emisión de la sentencia definitiva y su sometimiento indirecto al principio de preclusión puede obtenerse a partir del propio art. 240 de la LOPJ. En él se establece como límite de la facultad de apreciación de oficio, no sólo la sentencia definitiva, sino también, como ya se ha dicho, *la subsanación en caso de que proceda*. Los efectos saneadores

594. Cfr. PODETTI, J.R. *Teoría y técnica del proceso civil...* cit., pág. 252.

595. Cfr. CHIOVENDA, G. *Instituciones...* cit. T.III, págs. 277-278; TESORIERE, G. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Ed. Cedam. Padova, 1983. Pág. 35.

596. Cfr. CHIOVENDA, G. *Instituciones....* cit. T.III, págs. 279-280.

de la preclusión, se constituyen así en límite de la facultad de apreciación de oficio del Juez⁵⁹⁷.

Abundando en lo expuesto, puede decirse que el dato que permite comprobar que la subsanación, en el caso de las resoluciones interlocutorias, no se produce como consecuencia del efecto de cosa juzgada formal es que, si bien la firmeza de toda resolución interlocutoria produce el efecto de cosa juzgada formal, sólo la firmeza derivada de la preclusión produce efectos saneadores: ni la firmeza de las resoluciones irrecurribles, ni la que proviene de la confirmación de las que han sido objeto de recurso, producen efectos saneadores, a pesar de que en ambos supuestos se produce el efecto de cosa juzgada formal. Y es que en ninguno de los dos casos la firmeza es consecuencia de la preclusión, que tiene siempre como uno de sus elementos la inactividad de las partes, es decir la presunción de conformidad. Cuando las partes no tienen posibilidad de actuar, la conformidad no puede presumirse⁵⁹⁸.

Ahora bien, ¿en qué supuestos la preclusión determina la inaplicación de la nulidad? Únicamente en aquellos que de ma-

597. Cfr. en este sentido ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. Pág. 582.

598. Cfr. STS de 22 de noviembre de 1985 R. 5628. Vid. sobre esto PODETTI, J.R. *Teoría y técnica del proceso civil...* cit., pág. 277, aunque de modo difuso. Este efecto puede suscitar dudas en cuanto a su respeto a los principios procesales constitucionalizados, pero tales dudas deben despejarse porque que el principio de audiencia bilateral no es absoluto y lleva consigo como contrapartida el deber de diligencia de las partes, como es ya consolidada doctrina del TC. Cfr. MARTÍN DE LA LEONA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 261. Y, asimismo, respecto de la pérdida del recurso por exigencias del principio de seguridad jurídica. Cfr. STC 36/89 de 14 de febrero y las allí citadas. Por otra parte el respeto a este principio es condición para que la preclusión se produzca. Vid. *infra*, pág.259.

nera lógica pueden estar incluidos en su contenido: es decir, en aquellos que entran en el orden público procesal sólo como consecuencia de la producción de indefensión. Pero no en aquellas infracciones que son de orden público con independencia de que hayan o no producido indefensión⁵⁹⁹. Esta diversidad de posibilidades de valoración permite establecer dos tipos de infracciones: las primeras podemos denominarlas *infracciones de protección relativa*, y las del segundo tipo *infracciones de protección absoluta*.

Así pues, en todos los supuestos de nulidad derivados de lo que hemos denominado *infracciones de protección relativa*, la firmeza de la resolución que provoca la nulidad, o de la primera posterior conocida por la parte, tiene un efecto saneador que debe impedir al órgano declarar su nulidad de oficio⁶⁰⁰. Impe-

599. No se trata —como pudiera parecer a primera vista— de resucitar la categoría de las *nulidades renunciables*. Se trata de infracciones invalidantes que para su valoración requieren no sólo la producción de una indefensión formal, sino real, efectiva (cfr. art. 238. 3º de la LOPJ). Es la referencia a la *trascendencia* de la infracción en el proceso (cfr. art. 242 LOPJ), al *perjuicio* realmente causado, lo que se quiere destacar. Es una manifestación más de lo que constituye la formulación finalista de la nulidad presente tanto en las normas procesales (cfr. arts. 114, 115 y 119 del CPC francés y art. 242 de la LOPJ) como en la doctrina Cfr. PODETTI, J.R. *Derecho procesal civil...* cit., T.II., pág. 481; MAURINO, A.L. *Nulidades procesales* cit. págs. 45 y ss; PAJARDI, P. *Procedura civile. Istituzioni e lineamenti generali*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1989. ALMAGRO NOSETTE, J. *Derecho Procesal* ob. col. cit. T.I. vol.I. pág. 515; GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Abogacía y proceso* cit., págs.17-18; HERON, J. *Droit judiciaire...* cit., pág. 126. Infracciones que nosotros hemos denominado *de protección relativa*. Con respecto a las *infracciones de protección absoluta* Vid. *supra*, págs. 194 y ss. y pág. 207.

600. Cfr. ALMAGRO NOSETTE, J. *Comentarios a la reforma...* cit. Pág. 579 y LOZANO HIGUERO-PINTO, M. “Apuntes sobre la preclusión...” cit.

dimento que lógicamente debe extenderse al órgano que conoce en segunda instancia o en el recurso⁶⁰¹.

La razón de ello es que la indefensión por nadie es apreciable mejor que por la propia parte que la ha sufrido. Y, si *teniendo oportunidad*⁶⁰² de impugnar la resolución que presumiblemente la provocó no lo hizo, es evidente que no puede anularla el órgano jurisdiccional en virtud de una indefensión tan poco efectiva, que ni siquiera ha sido apreciada por la parte.

Ahora bien, para que la preclusión se produzca, es necesario que haya existido la *posibilidad de intervenir*, pues consistiendo su efecto en la pérdida de una posibilidad, es evidente que tal posibilidad *debe haber existido*. Y el modo de existir no es otro que la realización del correspondiente acto de comunicación que permite conocer el momento en que la preclusión va a producirse y sin el cual no puede entenderse⁶⁰³. Por lo tanto puede decirse que el respeto al principio de contradicción o audiencia bilateral (como posibilidad de que la misma se produzca) es una condición necesaria para que la preclusión pueda

pág. 230. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 1693 de la LEC, en el que la petición de subsanación de la falta en la instancia en que se produce —necesaria para la admisibilidad del recurso—, se refiere exclusivamente a las infracciones de actos y garantías que producen indefensión, pero no a las demás.

601. Cfr. la STS de 3 de junio de 1991. R.A. 4409 ya cit.

602. Como hace notar VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. Parte Tercera, *passim*, la situación de rebeldía involuntaria es un elemento de necesaria consideración respecto a los medios de denuncia de los actos nulos. Si bien el autor cit. extrae de ello la pervivencia del incidente de nulidad de actuaciones.

603. Cfr. art. 260 LOPJ y 270 de la LEC. Igualmente el art. 303 del mismo cuerpo legal sitúa el punto de partida para el cómputo de los plazos en el acto de comunicación correspondiente.

producirse. No sería lógico que la valoración de la nulidad de un acto quedara excluida por aplicación de un principio procedimental que infringiera un principio esencial del proceso. En consecuencia la preclusión se producirá a partir del primer momento en que exista la posibilidad de intervenir.

En las demás infracciones, que podemos denominar de *protección absoluta*, la preclusión no produce su efecto saneador y, por consiguiente, el juez puede apreciarlas de oficio en cualquier momento. Y no produce efecto saneador porque su inclusión dentro del orden público y, en consecuencia, su valoración a los efectos de aplicación de la nulidad, es independiente de cualquier valoración subjetiva, y no tiene conexión alguna con la actividad o inactividad de las partes⁶⁰⁴.

Esta descripción del funcionamiento de la nulidad en relación con la preclusión, pone de manifiesto la diferencia radical que existe entre los supuestos de indefensión producidos en un proceso donde todas las partes están personadas, y aquél en el que existe alguna en rebeldía involuntaria. En el primer caso siempre va a existir una oportunidad posterior de intervenir, en la que la preclusión puede desplegar sus efectos saneadores, pero no así en el segundo. La situación de rebeldía involuntaria, faculta al juez en cualquier momento antes de dictar sentencia definitiva para anular todo lo actuado⁶⁰⁵.

604. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., pág. 80. En el mismo sentido VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “Instituciones...” cit. Pág.59. Expresamente se prevé en el ordenamiento Francés. Cfr. arts. 114 y 120 del CPC.

605. Cfr. PODETTI, J.R. *Teoría y técnica del proceso civil...* cit., pág. 277, que configura la necesaria comunicación al demandado como el más claro supuesto incluíble dentro del *orden público procesal*. Cfr. tb. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. Parte Tercera, *passim*.

Dos últimas cuestiones deben tratar de resolverse. Una primera relativa a la posibilidad de revocación de oficio de resoluciones interlocutorias no firmes. Si la preclusión vincula de modo indirecto al juez, es necesario analizar si antes de que la resolución alcance firmeza el juez, sin excitación de parte, puede revocar la resolución dictada y sustituirla por otra. La respuesta es claramente negativa, por las razones expuestas, respecto a la sentencia o auto definitivos. Con respecto a las resoluciones anteriores a la sentencia o auto definitivos parece claro que, en general, esa posibilidad no existe, pues rompe la mecánica impugnatoria y genera indefensión. En el caso concreto de la nulidad, sin embargo, sí podría admitirse que lo hiciera, previa audiencia de las partes. Pero esa nueva resolución, consecuencia de una declaración de nulidad de oficio, y que sustituye a la anterior, quedaría sometida a los mismos medios de impugnación que la anterior. Es decir, no puede el Juez, en virtud de su facultad de apreciación de oficio, sustituir una resolución impugnabile por otra firme.

Lo que aquí se expone no es aplicable, con carácter general, a las resoluciones dictadas durante la fase de investigación del proceso penal, ni a las dictadas en el proceso cautelar. La peculiar instrumentalidad de estas resoluciones —en relación al *juicio oral* y en relación al proceso principal, respectivamente— hace que la preclusión tenga una relevancia muy secundaria en ellos. Se trata de actos no sucesivos, sino *convergentes* hacia un punto común.

La otra cuestión se refiere al tratamiento que deben tener las resoluciones dictadas por el juez relativas a la admisión de los recursos. Se trata de una fase intermedia entre la sentencia definitiva y la *devolución* del asunto al Tribunal del recurso o segunda instancia. En ella la jurisdicción del juez se refiere exclusivamente a la admisión del recurso y si bien estas resolu-

ciones merecen, quizá más que cualquiera, la denominación de *interlocutorias*, el régimen de anulación de oficio no debe aplicarse. La facultad de control del juez en esta fase debe ejercerse precisamente a través de la resolución que admite o inadmite el recurso. Y, de la misma manera que contra ella sólo cabe el recurso de queja —que es devolutivo—, debe entenderse que, una vez dictada, no le es posible al juez modificarla de oficio. Sólo a través del recurso de queja podrá hacerse valer su nulidad.

— PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE ESTA FACULTAD DE OFICIO

La declaración de oficio de la nulidad de los actos, no requería, hasta la promulgación de la LOPJ, sujeción a procedimiento alguno⁶⁰⁶. La LOPJ al regular tal facultad expresamente, determina que la declaración de nulidad se haga previa audiencia de las partes. Tal precisión, sin embargo, no merece el calificativo de regulación procedimental⁶⁰⁷ y no debería llevar a la conclusión de que con ese trámite previo el legislador está limitando la facultad de control de oficio que ha otorgado al órgano jurisdiccional.

El Juez debe oír a las partes y a resultas de lo expuesto por ellas puede modificar su valoración sobre las infracciones cometidas. Pero los datos sobre los que debe fundamentar su de-

606. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. Pág. 109.

607. Como no lo merece, p. ej., el trámite de audiencia del Ministerio Fiscal que de modo similar regula el art. 74 de la LEC.. Bien es cierto que ambos trámites tienen fundamento distinto, pues el del art. 74 se basa en una de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal cual es la de velar por el cumplimiento de la legalidad en las actuaciones judiciales, mientras que el de la LOPJ trata sin duda de proteger el derecho de intervención de las partes en el proceso.

cisión no se restringen a los allí alegados. Afirmación que resulta evidente desde el momento en que la *audiencia de las partes* es consecuencia de la apreciación de la infracción, cuyo conocimiento puede proceder, como hemos visto, de los propios autos, del Secretario Judicial u otro funcionario de la oficina judicial, o, incluso, de un tercero. La necesidad de oír a las partes antes de anular las actuaciones tiene su fundamento en la protección del principio de contradicción, que no puede verse conculcado en el ejercicio de las facultades de oficio⁶⁰⁸.

En definitiva, nada excluye que antes de la audiencia de las partes el juez haya realizado las diligencias que considere oportunas⁶⁰⁹, que por no ser actos de prueba, sino auténticas *diligencias de investigación* enmarcadas en la facultad de control que la Ley concede al juez, no necesitan tramitación especial, ni deben ser sometidas a la intervención de las partes⁶¹⁰.

608. Cfr. DENTI, V. “Cuestioni rilevabili d’ufficio e contradditorio” en *Riv. Dir. Proc.*, 1968. Págs. 217-231. Vid. tb. ORTELLS RAMOS, M. “Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia” en *Rev. Justicia*, 91. Núm. IV, pág. 779.

609. Como puede ser p.ej. la petición mediante exhorto de testimonios de sentencias con objeto de comprobar la producción de efecto de cosa juzgada; o el examen del demandado, rebelde involuntario por incapacidad de hecho, con el que se han estado entendiendo las diligencias, etc.

610. Existe aquí, no cabe duda, un riesgo de *publicación* del proceso civil que se deriva de esta afirmación. No obstante, dentro de los artículos que estamos comentando, la posibilidad de realizar esas diligencias quedaría restringida a las *infracciones de protección absoluta*, como hemos dicho. Y, por tanto, en nada alteran el principio de aportación de parte y dispositivo, ni lo relativo al conocimiento privado del juez. Cfr. en este sentido STS de 10 de marzo de 1992 R.A. 2164 en la que se tienen como correcto la tramitación, a instancias del ministerio fiscal de un expediente de incapacitación,

No sería lógico que se otorgara una facultad de oficio y no se dotara al órgano de los instrumentos necesarios para poder ejercerla.

VERGÉ GRAU⁶¹¹, ha tratado de describir, a partir de la *audiencia previa* de la LOPJ, una auténtica regulación procedimental. Pero esa descripción es consecuencia de una toma de posición previa, favorable a la subsistencia del incidente de nulidad de actuaciones en nuestro ordenamiento, que analizaremos en el lugar oportuno. Baste ahora con poner de manifiesto que no parece muy acorde con la disposición legal partir de una facultad de oficio y del derecho a solicitar su ejercicio por las partes, para llegar a la conclusión de que este trámite pueda convertirse en un auténtico proceso.

Cosa distinta es que —como ha puesto de manifiesto SERRA⁶¹²—, deba respetarse al máximo el principio de audiencia⁶¹³, siendo aconsejable para ello que la denuncia de la nulidad se haga por medio de escrito fundamentado, de manera que se pueda dar traslado del mismo a todas las partes personadas, sin suspender el procedimiento. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional de no proveer el escrito cuando lo estime infundado.

La prescripción legal relativa a la audiencia previa de las partes, no hace referencia al *modo* de realizarse. Y, aunque es común que la doctrina hable de una *comparecencia*, nada obli-

sin intervención de las partes, con suspensión del plazo para dictar sentencia. Aunque se trata de un supuesto distinto, su fundamentación es análoga.

611. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. págs. 289 y ss.

612. Cfr. SERRA, M. *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. págs. 632 y 633.

613. Sobre la necesidad de respetar este trámite vid. STC 10/93 de 18 de enero.

ga a entenderlo así. El término audiencia, a pesar de su innegable referencia a la comunicación sonora, no está restringido a ella⁶¹⁴. La audiencia de las partes puede producirse sin la intermediación del juzgador, sin necesidad de un trámite oral. El modo de llevarla a cabo dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Sin duda habrá ocasiones en que la manera más lógica de *oír* a las partes sea la convocatoria de una comparecencia. Pero insistir en esta libertad formal no es superfluo, pues opino que de ella puede extraerse una consecuencia importante: no es necesario un trámite específico previo para declarar la nulidad. Basta con que se haya oído a las partes sobre el particular⁶¹⁵.

Más arduo es resolver la problemática sobre la posibilidad o no de realizar, en este eventual trámite, alguna actividad probatoria. La mayoría de los autores se muestran contrarios, pero teniendo en cuenta que se trata de una materia de orden público y del ejercicio de una facultad de oficio del juez, no existen motivos legales que hagan imposible su admisión. Ya hemos visto que incluso el juez, antes de oír a las partes, puede haber realizado diversas diligencias para confirmar la infracción. Siendo ello así sería absurdo impedir a las partes aportar lo que

614. La expresión *inaudita pars*, p. ej. no hace referencia exclusivamente a la comunicación oral. Y, en general, el *principio de audiencia*, se refiere a la oportunidad de alegar, sin excluir la posibilidad de hacerlo por escrito.

615. No se nos oculta la extrañeza que causa la presencia en nuestro ordenamiento procesal de un trámite carente de *forma* legal determinada y los problemas que puede llevar consigo. No obstante, no se trata estrictamente de una novedad —cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. Pág. 109— y existen prescripciones similares en ordenamientos cercanos al nuestro (cfr. p. ej. art. 27 CPC francés). Por otra parte los jueces y magistrados, sin duda, harán uso de esa facultad en ocasiones verdaderamente excepcionales.

estimen oportuno para confirmar o desvirtuar lo apreciado por el juzgador⁶¹⁶.

Respecto a la forma que debe adoptar la resolución que anula las actuaciones la propia LOPJ establece en su art. 245.b) que adoptarán la forma de auto, que quedará sometido al régimen de impugnación de este tipo de resoluciones⁶¹⁷, aunque siempre en relación a su contenido que evidentemente puede ser muy variado⁶¹⁸.

Del texto legal podría desprenderse que la subsanación de oficio puede ser declarada por el juez en cualquier momento sin necesidad de audiencia de las partes, al tratarse de una auténtica facultad de prevención de la nulidad que por su finalidad, siempre tendente a la mejor protección del proceso, no requiere trámite previo alguno. No obstante debe entenderse que el correcto ejercicio de las facultades de oficio del juez debe quedar sometido a contradicción de las partes⁶¹⁹.

616. De modo parecido, tampoco en el art. 63.II del decreto de 21 de noviembre de 1952 se decía nada sobre la posibilidad de practicar diligencias, pero antes de admitir la protesta sobre nulidad de actuaciones, el Juez podía realizarlas.

617. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* Ob. col. cit. Pág. 632. Lo cual quiere decir que en muchas ocasiones no será recurrible hasta que recaiga sentencia definitiva. Cfr. art. 703 de la LEC.

618. Desde el sobreseimiento, posible tanto en el proceso civil como en el penal, hasta la inadmisión de un acto extemporáneo.

619. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. "Principio acusatorio..." cit. pág. 779 ya citado.

Valoración de la nulidad a instancia de parte

Siguiendo adelante con el esquema propuesto, debemos considerar ahora, dentro de esta situación de pendencia del proceso y dentro de cada una de sus fases, los mecanismos establecidos para la denuncia de la nulidad a instancia de parte⁶²⁰.

Como ya decíamos nos encontramos en el *momento* de máximas posibilidades de denuncia de la nulidad, según puede extraerse del núm. 1 del art. 240 de la LOPJ. Aunque en él no se distingue entre las distintas instancias o *fases* del proceso, su enumeración de los mecanismos utilizables —recursos y demás medios— tiene un diverso contenido en cada una de ellas.

Dentro de cada instancia o *fase*, el término *recurso* se refiere a los recursos no devolutivos, que están ordinariamente más restringidos en la segunda instancia o recurso; y con respecto a los *demás medios*, son variables en cada uno de los órdenes jurisdiccionales pero también —incluso en mayor medida— disminuyen durante la tramitación del recurso. No sucede lo mismo con las facultades de oficio del órgano, que tienen el mismo contenido, respecto de sus propias resoluciones, en cualquiera de las *fases* del proceso.

620. En esta *situación* procesal la posibilidad de denuncia de la nulidad por un tercero se reduce, a mi juicio, a poner en conocimiento del órgano la infracción, dada la prácticamente inexistente regulación de la intervención procesal; salvo que además tenga derecho a ser parte. Cfr. GIMENO GÁMARA, R. “El incidente de nulidad de actuaciones” en *Revista de derecho Procesal* 1949, núm. 1, pág. 517 y jurisprud. allí cit. Sobre este particular nos remitimos a lo expuesto sobre la apreciación de oficio.

– LOS RECURSOS NO DEVOLUTIVOS

La absorción de la nulidad en los recursos convierte a éstos en el medio principal de denuncia de las nulidades durante la tramitación del proceso. Y, dentro de cada una de las *fases*, son los recursos no devolutivos⁶²¹ los medios de impugnación establecidos por la Ley para tratar de obtener la modificación de las resoluciones por el propio órgano que las dicta. Se trata de un medio que existe sin perjuicio de las facultades de control de oficio del Juez, pero que *debe* ser utilizado siempre en las *infracciones de protección relativa* como único medio de evitar que el efecto saneador de la preclusión. En la medida en que su utilización va encaminada a impedir la firmeza de la resolución que se impugna y, siendo el órgano que conoce es el mismo que la ha dictado, se podría decir que se trata de auténticos medios de *prevención* de la nulidad.

En el orden civil los recursos no devolutivos son el de reposición y el de suplica, ambos de idéntica naturaleza⁶²², aunque referidos a la impugnación de resoluciones ante órganos unipersonales y colegiados, respectivamente.

a) *El recurso de reposición*

El recurso de reposición es utilizable contra providencias⁶²³ y autos⁶²⁴. Tras las últimas modificaciones legales, la regula-

621. Mas propiamente *remedios*, dado su carácter no devolutivo según una ya clásica distinción (GUASP, J. *Derecho procesal...* cit. Vol.II. Pág. 515; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. Pág. 240) que, sin embargo, no ha sido incorporada a la Ley.

622. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 112.

623. Respecto a éstas resoluciones, según lo dispuesto en el art. 376 de la LEC, es el único que cabe. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Comentarios a la*

ción de este recurso de la LEC ha ganado en claridad, pues dejan de existir las incógnitas relativas a su aplicación a los juicios verbales cuando conocen los Jueces de Primera Instancia⁶²⁵, aunque se mantienen en los supuestos en que conozcan los Jueces de Paz. No obstante dado el carácter predominantemente oral del juicio verbal, serán muy raros los supuestos en que la tramitación de los arts. 377-378 de la LEC le sea aplicable. Según dispone el art. 733 del mismo cuerpo legal —recientemente reformado— deberá pedirse la subsanación de la falta o infracción, lo que en la mayoría de los casos será por medio de la protesta correspondiente⁶²⁶.

La LEC establece que al interponer el recurso de reposición deberá citarse la disposición de *esta Ley* que haya sido infringida. Limitación que podría inutilizarlo como medio para hacer valer la nulidad en diversos supuestos. El tema ha sido resuelto por la doctrina haciendo extensible este recurso a las infraccio-

reforma... ob. col. cit. págs. 253 y ss. y VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. Pág. 113.. Aunque no existe acuerdo en la doctrina, dada la dicción del art. 381 del mismo cuerpo legal, que se presta a confusión. En sentido contrario, esto es, admitiendo la existencia de apelación FAIRÉN GUILLÉN, V. *La ley de reforma urgente...* cit. pág. 170 y RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho procesal civil*. 1990, cit. T.II. pág. 718.

624. Salvo los que resuelvan recursos de reposición (art. 380 LEC), excepciones dilatorias e incidentes (art. 382).

625. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 116.

626. Cuya equivalencia al recurso de reposición respecto de las resoluciones orales del juez ha sido puesta de manifiesto por ORTELLS RAMOS, M. *Comentarios...* cit. pág. 252-253 a quien sigue VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 119.

nes del ordenamiento procesal cualquiera que sea la ubicación física del precepto⁶²⁷.

Por otro lado, existen diversas providencias que están excluidas del recurso de reposición⁶²⁸, respecto de las cuales no podrá ser utilizado como medio para hacer valer la nulidad. Dado el contenido de las mismas parece justificado que así sea, salvo, quizá, en la providencia de admisión de algún medio de prueba, que impide la prevención de nulidades derivadas de la eventual ilicitud⁶²⁹.

Una problemática planteada por VERGÉ GRAU⁶³⁰, es la relativa a la no previsión por parte del legislador, en la regulación de este medio de impugnación, de la posibilidad de práctica de prueba⁶³¹, la cual, en algunos casos, podría hacer fracasar la pretensión. Tal carencia no tiene solución legal. Aunque, ordi-

627. Cfr. entre otros GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil...* cit., pág. 512; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal...* cit. T.I, vol.II. Pág. 24. Vid. tb. al respecto, STC 113/88 de 9 de junio.

628. La que acuerda diligencias para mejor proveer (art. 340.2) las de admisión de medios de prueba prueba (art. 567 LEC), la de suspensión del proceso en el supuesto del art. 514 LEC y la que acuerda la celebración de vista en el menor cuantía (art. 675.3 LEC).

629. La infracción debería denunciarse en este caso, bien en el trámite de conclusiones, bien recurriendo contra la providencia que ordene la unión de las pruebas a los autos, o poniéndolo de manifiesto al juzgador, por cualquier medio. La posibilidad de utilizar el recurso de amparo ante el TC en este supuesto es más bien limitada dada la eficacia peculiar de este tipo de actos. El TC ha puesto de manifiesto que para impugnar la limitación de un medio de prueba por lesionar el derecho de defensa, debe esperarse a la sentencia. Cfr. ATC 340/82 de 10 de noviembre.

630. *La nulidad...*cit. pág. 111.

631. Exceptuando la que se admite en la reposición de autos que declaren la caducidad de la instancia (art. 416 de la LEC).

nariamente, las infracciones de las que puede derivarse la nulidad no necesitan prueba, pues será suficiente con lo documentado en autos para resolver sobre ellas. Únicamente plantea problemas, pensamos, la nulidad derivada de la rebeldía involuntaria, que trataremos más adelante. No obstante, es preciso insistir en que el control de la nulidad procesal es una facultad de oficio del juez, que no debe quedar limitada por los cauces elegidos por las partes para denunciarla⁶³².

b) *El recurso de súplica*

El recurso de súplica es de idéntica naturaleza al de reposición, sólo que referido a resoluciones pronunciadas por órganos colegiados. La denominación no hace referencia necesariamente a resoluciones dictadas durante la tramitación de un procedimiento impugnatorio, sino que incluye también las que dicte cuando conoce de asuntos en primera instancia. Se trataría en este caso de un supuesto de nulidad de resoluciones sometida a la valoración del órgano que las ha dictado similar en todo al anteriormente estudiado y que debería tener la misma regulación. Sin embargo, el legislador ha querido aplicar un criterio más restrictivo, que se manifiesta fundamentalmente en el art. 401 de la LEC. en el que se dice que *contra las providencias de mera tramitación que dicten las Audiencias*⁶³³ *no se dará recurso alguno, salvo el de responsabilidad.*

Como hace notar VERGÉ GRAU⁶³⁴, al suprimirse en la LEC la distinción entre providencias *de mera tramitación* y de *no*

632. Cfr. ATS 8 de febrero de 1993 R.1524.

633. Aplicable al resto de los órganos colegiados en virtud del art. 405.

634. Cfr. *La nulidad...* cit. págs. 113 y 115.

*mera tramitación*⁶³⁵, puede interpretarse que quedan excluidas del recurso de súplica todas las providencias. Cabe sostener, sin embargo, que siendo el fundamento de los dos recursos el mismo, la referencia a las providencias de *mera tramitación* que subsiste en el art. 401 no sea un mero *lapsus* del legislador. En concreto por medio de él la jurisprudencia viene entendiendo que determinadas providencias de los Tribunales son susceptibles de recurso de reposición⁶³⁶.

La determinación de lo que deba entenderse por *mera tramitación* pensamos que, al menos desde la perspectiva de la nulidad, puede hacerse satisfactoriamente: cualquier providencia que, por su contenido, pueda provocar la nulidad, no puede considerarse de mera tramitación, especialmente cuando es limitativa de derechos.

c) *El recurso de reforma*

El medio de impugnación no devolutivo previsto en el proceso penal es el recurso de reforma, que se denomina de súplica cuando se interpone ante órganos colegiados⁶³⁷. A diferencia de

635. En virtud del art. 369 las resoluciones que sean *de tramitación* adoptarán la forma de providencia y en el mismo sentido el art 245.1.a) de la LOPJ, que habla de las providencias como aquellas resoluciones *que tienen por objeto la ordenación material del proceso*. No así en la LE-Crim., cuyo art. 141 restringe el contenido de las providencias a la *mera tramitación*. Cfr. ORTELLS RAMOS, *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. págs. 250-251.

636. Vid. p. ej. STS de 18 de marzo de 1983 R. 1568.

637. Cfr. art. 211 de la LECrim.

lo que ocurría en el proceso civil, las providencias están excluidas de este recurso⁶³⁸.

Así pues, únicamente los autos van a poder ser objeto del recurso de reforma. Y no todos, pues existen autos que están exceptuados⁶³⁹. Lo cual significa, entre otras cosas, que respecto de las *infracciones de protección relativa*, la firmeza de todas estas resoluciones irrecurribles, no produce efecto el efecto saneador, como ya vimos más arriba.

No obstante, la concentración y oralidad propias de los procedimientos penales, determinan una menor rigidez formal en cuanto a las posibilidades de impugnación de las resoluciones ante el mismo órgano que las dicta. De tal modo que, si bien no se prevé expresamente un medio de impugnación, es evidente

638. Con carácter general así se determina en el art.217 de la LECrim —que sólo se refiere a los autos— y, para el procedimiento abreviado, por el art. 787.1. Aunque esta exclusión debe aplicarse no tanto a la forma como al contenido y, más en concreto, a la forma que debería haber adoptado según su contenido —cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E.-HERCE QUEMADA, V. *derecho procesal civil y penal*. 1972. cit. T.IV, vol.III, pág. 278.; DEL MORAL GARCÍA, A. “Estudio del art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: régimen de recursos contra autos en el procedimiento abreviado para determinados delitos” en *Rev. Poder Judicial*. 2ª época. Núm. 18, Junio de 1990. Pág. 56. Vid. tb. STS 9 de junio de 1988 R. 4549.—, pues de lo contrario el acceso a los recursos dependería de una decisión arbitraria del órgano Jurisdiccional.

639. Así el auto de admisión de práctica de pruebas para el juicio oral (art. 659.3 de la LECrim), el acuerdo de suspensión del juicio oral (art. 784 LECrim), etc. Vid. más extensamente y en particular sobre el procedimiento abreviado DEL MORAL GARCÍA, A. “Estudio...” cit. pág. 57.

que la protesta se convierte en muchos casos en un auténtico recurso de reforma⁶⁴⁰.

d) *La protesta*

La *protesta* aparece en diversos preceptos de nuestras leyes procesales con distintos contenidos. En unas ocasiones se trata de un auténtico recurso de reposición formulado contra resoluciones orales⁶⁴¹, como acabamos de ver. En otras ocasiones, sin embargo, se configura como requisito formal que es necesario cubrir para poder acceder a algún recurso. Así, en el nuevo art. 693 de la LEC se establece como requisito necesario para tener abierta la vía del *recurso de nulidad*, sustituyendo, en opinión de VERGÉ GRAU⁶⁴², al escrito preparatorio del *recurso de nulidad* que regulaba el antiguo art. 495 de la LEC. De manera análoga se establece en el art. 55.2º del Decreto que regula el juicio de cognición.

En los dos supuestos, la no utilización de la protesta puede llevar consigo la imposibilidad de hacer valer la nulidad. Aunque, como ha hecho notar GÓMEZ DE LIAÑO⁶⁴³, no debe entenderse tal institución de manera tan formalista, que se considere imprescindible la utilización del término *protesta* para que pueda surtir sus efectos.

640. Vid. p. ej. la protesta prevista en el art. 659.2º que, evidentemente, además de servir para preparar el recurso de casación, puede conseguir la admisión del medio de prueba propuesto.

641. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Comentarios...* cit. pág. 252. En el mismo sentido VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 119 y MARTÍN DE LA LEONA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 250. Con este carácter aparece regulada en los arts. 58 y 63 del decreto de 21 de noviembre de 1952.

642. *La nulidad...* cit. pág. 118.

643. *Juicio de cognición...* cit. pág. 118.

Lo que sí parece claro es que la mera protesta, como declaración escrita u oral realizada con el fin de no perder un derecho, de no consentir un defecto, no puede sustituir a los medios de impugnación expresamente previstos⁶⁴⁴, ni puede ser exigida cuando no lo haga expresamente la Ley⁶⁴⁵. Por ello no debe asimilarse la protesta a la petición de subsanación exigida para poder impugnar determinados actos⁶⁴⁶, que hace referencia tanto a la protesta —cuando ésta sea exigible— como al agotamiento de los medios de impugnación previstos⁶⁴⁷.

– OTROS MEDIOS

Como veíamos más arriba, el término *otros medios*, lejos de ser confuso, hace referencia a los diversos actos procesales, no catalogables como *medios de impugnación*, cuyo contenido o finalidad permite su utilización para hacer valer la nulidad⁶⁴⁸. En algunos casos se trata de instituciones previstas expresamente como medios de prevención o de denuncia de determinadas infracciones invalidantes.

La naturaleza de estos actos es muy diversa como podremos comprobar. En unos casos se trata de auténticos *procedimientos incidentales*, en otros se trata de *alegaciones* realizadas dentro de un acto complejo. Para poder sistematizar de algún modo su

644. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 118.

645. Vid. p.ej. art. 1693 de la LEC, en el que se exceptúan de la necesidad de pedir la subsanación del defecto aquellos casos en los que el mismo se haya producido en la segunda instancia en momento en que sea imposible la reclamación.

646. Vid. p. ej. arts. 1693, 859 y 893 de la LEC.

647. Cfr. MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. págs. 246-247. VERGÉ GRAU *La nulidad...* cit. pág. 118, quien entiende que solamente se refiere al agotamiento de los medios de impugnación ordinarios, no siendo la protesta uno de ellos.

648. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 627.

estudio podemos distinguir los medios de denuncia de los medios de prevención.

a) *Medios de prevención de la nulidad*

— Las cuestiones de competencia

Tradicionalmente viene entendiéndose que la competencia territorial en el proceso civil, por quedar dentro del poder dispositivo de las partes, no pertenece al *orden público procesal*. Como pone de manifiesto PELÁEZ DEL ROSAL, los criterios de competencia territorial conjugan dos factores distintos: el territorio y la voluntad de las partes⁶⁴⁹. Según eso, no cabría hablar de nulidad en caso de falta de competencia territorial del órgano⁶⁵⁰, pues siendo la sumisión la regla general⁶⁵¹, la aquiescencia del demandado no es que subsane un defecto, sino que *determina* la competencia territorial del órgano.

Este régimen debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la finalidad de las llamadas por la LEC *cuestiones de competencia*⁶⁵². A través de ellas, el demandado expresa su voluntad

649. *La competencia territorial...* cit. 1964. Págs. 60 y ss. En el mismo sentido RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho procesal civil*. cit., 1990. T.I. pág. 117.

650. Cfr. VERGÉ GRAU *La nulidad...* cit. Pág. 147.

651. Cfr. art. 56 de la LEC. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho procesal civil*. 1990, cit. T.I, pág. 177. Aunque, como advierte PELÁEZ DEL ROSAL, M. *La competencia territorial...* cit., pág. 161, ello no convierte a los criterios legales en normas de segundo grado o derecho supletorio de la autonomía de la voluntad. Son sencillamente normas de derecho dispositivo.

652. En realidad, a pesar de la denominación legal, la cuestión de competencia no se produce como consecuencia de la interposición de la declinatoria o inhibitoria, sino de la negativa del órgano a conocer o a dejar de

contraria a la sumisión, y, a partir de ese momento, las reglas establecidas en la LEC para la determinación de la competencia territorial son las que deben regir. Sólo a partir de entonces son susceptibles de ser infringidas —si se resuelve erróneamente sobre la competencia— y de provocar la nulidad de los actos posteriores⁶⁵³.

Declinatoria e inhibitoria constituirían, desde el punto de vista de la nulidad, no tanto un medio de denuncia⁶⁵⁴ o preven-

hacerlo. Cfr. CRISTÓBAL Y F. PORTAL, A. “Sustanciación de las cuestiones de competencia por declinatoria: Trámite incidental ordinario siempre (el art. 79-I de la LEC)” en *Rev. de Der. Porc.* Núm. 2. 1992. Pero mientras en la inhibitoria la *cuestión* surge dentro de su tramitación y de modo previsto, en la declinatoria se produce, una vez concluida la tramitación, cuando el órgano estimado competente en la resolución rehuse conocer del asunto. Razón por la cual RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal civil* cit. T.I. pág. 192, opina que sólo en la inhibitoria se produce propiamente una cuestión de competencia.

653. Así se deduce de la posibilidad de recurrir en casación después de fallado el pleito en definitiva, que admite el art. 106 de la LEC., contra las sentencias de las Audiencias que resuelvan cuestiones de competencia. No obstante existe disparidad de criterios en la doctrina por lo que respecta a la efectividad de la alegación de la incompetencia territorial como excepción (vid. *infra*, pág. 728). De admitirse esta posibilidad, es evidente que el razonamiento que hacemos no podría sostenerse. Pues, aun no habiéndose planteado declinatoria, podrían invocarse en la contestación las normas de la LEC relativas a la competencia territorial.

654. Como dice VERGÉ GRAU *La Nulidad...* cit. Pág. 147, *no siendo la competencia territorial un presupuesto indisponible o de carácter absoluto, no puede hablarse de anulabilidad y, mucho menos de nulidad en el caso de actos realizados por órganos jurisdiccionales en el conocimiento de los procesos que les son sometidos, ni, por consiguiente calificar a la declinatoria e inhibitoria como cauces adecuados para denunciar la nulidad.*

ción, como *el único medio previsto por la Ley para que las normas relativas a la competencia territorial puedan considerarse infringidas y, por lo tanto, puedan ser tenidas en cuenta como causa de nulidad*⁶⁵⁵.

Tras la última reforma de la LEC este régimen general queda sensiblemente alterado. Así, los arts. 717 y 1439 de la LEC eliminan la aplicabilidad de las reglas de sumisión al juicio verbal y al ejecutivo, convirtiendo las normas de determinación de la competencia territorial, en esos procedimientos, en normas de *orden público* sometidas al control de oficio del órgano jurisdiccional⁶⁵⁶.

Así las cosas, parece más adecuado considerar que en los supuestos de competencia territorial determinada *ex lege* y, por tanto, inderogable, el cauce a emplear sería el de su alegación como excepción en la contestación a la demanda. Al convertirse en uno de los elementos determinantes de la competencia del órgano, equiparable a la *materia* no hay motivo para un tratamiento diferenciado. En estos casos el planteamiento de las

655. Para poder sostener esta conclusión es preciso un previo acuerdo sobre la inadecuación de las excepciones como cauces adecuados para alegar la incompetencia territorial. Acuerdo que no existe en la doctrina. Vid. *infra*, pág. 314.

656. Tal disposición, muy en la línea de la *oficialización* del proceso civil, a la que ya hemos aludido, constituye, además de una medida adecuada para evitar la acumulación de trabajo en determinados tribunales, un excelente medio de prevenir abusos y fraudes, (especialmente por lo que se refiere a las rebeldías involuntarias provocadas dolosamente) facilitados por la defectuosa regulación de la citación edictal en nuestro ordenamiento. En contra de una generalización de esta limitación se ha manifestado SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Observaciones críticas sobre el proyecto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en *Rev. justicia* 1983, núm. IV. págs. 810 y 811.

cuestiones de competencia deja de ser necesario ya que, no existiendo sumisión posible, la falta de competencia territorial, en estos supuestos, puede ser alegada y apreciada en cualquier momento⁶⁵⁷.

Podría sostenerse que una finalidad propia de las *cuestiones de competencia* —que las diferenciaría de las excepciones para estos supuestos— es la de evitar una sentencia absolutoria de la instancia tras un proceso inútil. Pero lo cierto es que en los supuestos de competencia territorial determinada *ex lege* tal sentencia absolutoria de la instancia no debe llegar a dictarse⁶⁵⁸. Por el contrario, tan pronto como la incompetencia sea apreciada por el órgano, ya sea de oficio, ya a instancia de parte a través de la oportuna excepción, debe dictarse auto declarándolo y, por aplicación del art. 51 de la LOPJ, expresando el órgano que se considere competente⁶⁵⁹.

657. No así en los supuestos de competencia territorial derogable, en los que la no interposición de la cuestión de competencia determina la sumisión. Así se deduce de la jurisprudencia más reciente tras muchas vacilaciones. Cfr. SSTs 30 de abril de 1990 R.A. 2808; 25 de febrero de 1991 R.A. 1595; y 30 de septiembre de 1991 R.A. 6847, entre otras. Un análisis completo de la jurisprudencia en este tema puede verse en SANTOS VIJANDE, J.M. *Declinatoria y “declinatoria internacional”* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991. Parte primera, *passim*.

658. Una correcta interpretación de los principios constitucionales que rigen el proceso debe llevar no sólo a restringir al máximo las sentencias absolutorias de la instancia, sino a impedir que exista un *derecho a una sentencia absolutoria*, simplemente por haber elegido un cauce procesal determinado. Sería tanto como reconocer un derecho a dilatar el proceso. Cfr. art. 245 LOPJ.

659. Con ello se propicia que en caso de que el órgano designado en la resolución se niegue a conocer del asunto, se produzca una cuestión de competencia negativa que será decidida por el órgano superior común (art.

Las cuestiones de competencia pueden cumplir por tanto, respecto de la *competencia territorial inderogable* una función preventiva de la nulidad⁶⁶⁰. Son medios de prevención por el momento en que se producen, pues si bien ha habido una resolución dando trámite a la demanda y emplazando al demandado, que propiamente deberían ser declaradas nulas, la resolución estimatoria de la cuestión de competencia no contiene ningún pronunciamiento al respecto, limitándose a resolver lo que proceda⁶⁶¹.

51.1 de la LOPJ y 110 de la LEC), evitando una funesta *peregrinación* ante diversos órganos jurisdiccionales. Esta solución se deduce directamente de la doctrina sentada por el TC en torno al art. 82.a) de la LJCA, que hace referencia a la competencia objetiva por razón de la materia. Cfr. SSTC 22/85 de 15 de febrero; 39/85 de 11 de marzo y 90/91 de 25 de abril, ya citadas. Vid. Tb. art. 72 LEC que obliga al órgano que declina a remitir los autos a quien considere competente.

660. En los supuestos en que la competencia sea derogable, constituyen más que medios de prevención auténticos desencadenantes de la infracción, al poner de manifiesto la falta de voluntad del demandado de someterse, como queda dicho.

661. Debemos mencionar que la declinatoria también viene siendo entendida por la doctrina y la jurisprudencia como medio para denunciar la falta de jurisdicción o *competencia internacional* de los órganos. Podría considerarse, en consecuencia, cauce adecuado para denunciar la falta de este presupuesto procesal. Igualmente, es digna de reseñarse, aunque no podamos entrar a analizarla, la problemática existente en cuanto a la tramitación de estas cuestiones de competencia, especialmente en el juicio de menor cuantía. Con independencia de las diversas interpretaciones que admite la regulación, parece claro que deben tener efecto suspensivo, pues así lo determina la LEC en su art. 114. Y, con respecto a la inhibitoria, es doctrina consolidada la de que la validez de las actuaciones realizadas hasta la recepción del requerimiento de inhibición, no debe extenderse a la sentencia. Como tiene declarado el TC, de la utilización de un cauce legalmente

Con respecto al orden penal, a pesar de la dicción literal del art. 667 de la LECrim que atribuye a las partes la facultad de promover cuestiones de competencia, al ser ésta siempre materia de *orden público*, el control de la misma —tanto territorial como objetiva— queda dentro de las facultades de oficio del órgano jurisdiccional, como se desprende de los arts. 19 y 25 de la LECrim, sin que esté sometido a los efectos saneadores de la preclusión⁶⁶².

— El incidente de recusación

El incidente de recusación, está concebido inicialmente como medio para proteger las condiciones de idoneidad del titular de un órgano en relación con un asunto concreto, *entre las cuales es preeminente la de la imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad*⁶⁶³. Al derecho de las partes de recusar al Juez, precede el deber del Juez de abstenerse de conocer cuando se sepa incurso en una causa de recusación⁶⁶⁴.

previsto no pueden derivarse perjuicios para quien lo emplea adecuadamente Cfr. STC 102/87 de 17 de junio. Vid. SANTOS VIJANDE, J.M. *Declinatoria...* cit. pág. 147 y ss.

662. Cfr. ATS de 15 de noviembre de 1990 R. 8909. aunque fundamentando la ausencia de preclusión en el art. 43 de la LOPJ que se refiere a *conflictos* de competencia.

663. STC 47/82 de 12 de julio. El TC, en la misma resolución, entiende que este incidente puede tener una finalidad más amplia, siendo también cauce utilizable para la defensa del *derecho al juez ordinario y predeterminado por la Ley*.

664. Vid. arts. 217 y ss de la LOPJ.

Pero siendo la imparcialidad, y las condiciones a ella vinculadas, de carácter subjetivo, la regulación legal establece que sea la voluntad de la parte a quien pueda afectar la que ponga en funcionamiento el mecanismo de protección. Por ello, si el juez incurso en causa de recusación no se abstiene y la parte, una vez conocida tal circunstancia no promueve el incidente, se entiende que no la considera perjudicial para la imparcialidad del juez⁶⁶⁵. Es precisamente la proposición del incidente lo que permite valorar como nulas las actuaciones que, a partir de ese momento, haya realizado el recusado, mientras no se resuelva la recusación⁶⁶⁶. Se trata no tanto de un medio de denuncia como de un medio de prevención y, más aún, como hace notar VERGÉ GRAU, *un presupuesto indispensable para que la parte pueda impugnar los actos ejecutados por el recusado*⁶⁶⁷. Por ello, la nulidad de la resolución dictada por un Juez incurso en causa de recusación sólo puede hacerse valer si se intentó la recusación y fue desestimada, a través de los recursos establecidos⁶⁶⁸.

— El incidente de cuantía litigiosa del juicio de mayor cuantía

665. Cfr. art. 851.6º de la LECrim. Así el art. 223 de la LOPJ establece que *la recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. Si dicho conocimiento fuera anterior al pleito, habrá de proponerse al inicio del mismo, pues en otro caso no se admitirá a trámite*. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 148. Cfr. STEDH Caso Barberá, Messegué y Jabardo de 6 de diciembre de 1988.

666. Cfr. arts. 225 y 226 en relación con el 228 de la LOPJ.

667. *La nulidad...* cit. pág. 148.

668. Cfr. art. 228 LOPJ. Vid. *supra*, pág. 231.

La trascendencia de la inadecuación de procedimiento de cara a la validez o nulidad del proceso, cuando no sea determinante para establecer la competencia, es en la actualidad más que dudosa, a pesar de que siga estando contemplado como motivo de casación. Únicamente cuando suponga una disminución de las posibilidades de alegación o de prueba o de posibilidades de impugnación, puede ser tomado en consideración⁶⁶⁹. Por ello debemos entender que el incidente de cuantía litigiosa, previsto en el art. 492 de la LEC, que puede ser promovido dentro de los cuatro primeros días del plazo para contestar la demanda en el juicio de mayor cuantía, no tiene relación alguna con la nulidad. Si el órgano, tras promoverse el incidente, decide que continúe la tramitación por el mayor cuantía, la propia Ley con buena lógica establece que no se dará recurso alguno⁶⁷⁰. Si, por el contrario, se declara procedente cualquier otro, existe la posibilidad de apelar en ambos efectos, que excluye cualquier otra alegación posterior al respecto.

— Las excepciones dilatorias y los artículos de previo pronunciamiento

Una previa aclaración conceptual debe hacerse, respecto a las excepciones dilatorias, pues puede ayudar a sortear la polémica existente desde antiguo al respecto, y en la cual no podemos entrar.

669. Cfr. STS de 10 de octubre de 1991 R. 7783. En este sentido debe entenderse la posibilidad de declarar la nulidad del juicio verbal en apelación por *inadecuación de procedimiento* del art. 496 de la LEC —único en el que la cuantía puede tener relevancia competencial—, así como el motivo de casación que, con este contenido, establece el art. 1692 de la misma norma legal.

670. Cfr. art. 495 LEC.

Las excepciones en sentido genérico no son sino alegaciones que obstaculizan la pretensión del actor⁶⁷¹, y cuya característica fundamental —como es sabido— es la de excluir el derecho ajeno sin afirmar el propio⁶⁷², comprendiéndose dentro de ellas medios muy diversos de defensa, tanto materiales como procesales⁶⁷³. Desde este punto de vista, por tanto, estarían sometidas a la disciplina general de las alegaciones de las partes, y, por tanto, sólo pueden ser apreciadas por el juez si son alegadas y probadas por el demandado⁶⁷⁴.

671. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil* Ed. Fórum. Oviedo, 1992. Pág. 106.

672. Cfr. id. pág. 107.

673. Vid. CHIOVENDA, G. “Sobre la excepción” en *Ensayos de derecho procesal civil* Trad. de Sentís Melendo. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1949 vol.I. Págs. 263 y ss., donde habla de la excepción como contraderecho de impugnación de la acción. Como hace notar VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “Instituciones saneadoras del proceso civil español: excepciones dilatorias y comparecencia previa” en *Rev. Justicia* 1987, Núm.I, pág. 26, en la doctrina española HEVIA DE BOLAÑOS ya había establecido un concepto riguroso que distinguía entre las excepciones que remueven la acción ipso iure y las que no lo hacen ipso iure sino pro vía de la excepción opuesta.

674. Razón por la cual SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 351 estima que, pese a la dicción legal *sólo el compromiso, y(...)la incompetencia territorial o declinatoria pueden ser consideradas como verdaderas excepciones, tomando esta expresión en su sentido estricto de medios de defensa del demandado que sólo pueden ser acogidos en la sentencia de ser alegados por este*. En contra de la configuración de la declinatoria como excepción vid. SANTOS VIJANDE, J.M. *Declinatoria y declinatoria internacional* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991. Capítulo I, *passim*, especialmente págs. 51 y ss.

Originariamente se reservaba la denominación de perentorias, según el estudio de fuentes realizado por VON BÜLOW⁶⁷⁵, a aquellas que impiden el ejercicio de la acción, mientras que se denominaban dilatorias a las que lo suspenden temporalmente. La diferencia entre unas y otras consistía en que las perentorias eran una limitación permanente y las dilatorias temporal. Las primeras se oponen a la acción en toda circunstancia, las últimas pueden ser evitadas por el actor⁶⁷⁶.

Por encima de las dificultades terminológicas y conceptuales, cuyo origen histórico ha sido exhaustivamente estudiado⁶⁷⁷, pensamos que debe tenerse presente que el legislador, al configurar unas determinadas materias como excepciones dilatorias, no está haciendo otra cosa que establecer un cauce específico para su alegación⁶⁷⁸. Es decir, la inclusión de esas materias

675. *Las excepciones procesales...* cit., págs. 255 y ss. Si bien posteriormente cuestionado en cuanto a su exactitud, fundamentalmente por GOLDSCHMIDT, J. *Principios...* cit. vol.I. pág. 20. Cfr. al respecto VÁZQUEZ SOTELO, J.L. "Instituciones saneadoras..." en *Rev. Justicia*, 87.I, pág. 28; LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción...* cit. pág. 50.

676. Cfr. VON BÜLOW, O. op. cit., pág. 257.

677. Vid. la sintética pero ilustrativa referencia histórica de VÁZQUEZ SOTELO, J.L. "Instituciones saneadoras..." cit., págs. 20-33 y bibliografía allí cit.

678. Cauce cuya utilidad ha sido puesta en cuestión por gran parte de la doctrina. Así recientemente RAMOS MÉNDEZ, F. *Comentarios a la Reforma...* cit. Pág. 499, lamentaba que se hubiera perdido *una ocasión histórica para suprimir de un plumazo el art. 533, que en los últimos años se ha degradado al histriónico cometido de dilatar los procesos con artificiosos conceptualismos difíciles de justificar en las postrimerías del siglo XX*. En el mismo sentido alude VÁZQUEZ SOTELO, J.L. "Instituciones..." cit. pág. 20 a que *la sustitución del método de las excepciones dilatorias por una*

dentro del art. 533 de la LEC no provoca una transformación sustancial de las mismas, de manera que deban quedar sometidas al principio dispositivo, pues la mayoría de ellas, al referirse a presupuestos procesales⁶⁷⁹, están dentro del control de oficio del juez⁶⁸⁰.

Aclarado esto puede decirse que las excepciones dilatorias del mayor cuantía son, tanto por el contenido como por el momento procesal en que pueden promoverse, medios adecuados para prevenir la nulidad procesal⁶⁸¹. Sin embargo, la heterogeneidad de las cuestiones⁶⁸² a las que el legislador otorga este trámite de alegación privilegiado, provoca no poca confusión.

Por ello, sin perjuicio de considerar la discusión como no concluida, cabría distinguir dos grupos de excepciones dilatorias desde la perspectiva de la nulidad: Por un lado las que se refieren a presupuestos procesales, que serían las establecidas en los núms. 1º, 5º, 8º y —aunque de modo menos claro—, las correspondientes a los núms. 2º y 4º del art. 533; y, por otro, las que tienen un contenido ambivalente, que tanto puede referirse

“comparecencia” previa o audiencia preliminar, había sido insistentemente reclamada por la doctrina española.

679. Cfr. en este sentido entre otros ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios a la reforma...* cit. pág. 582.

680. Tal consideración puede decirse que es ya mayoritaria en la doctrina: VERGÉ GRAU, J. *La Nulidad...* cit. pág. 142; RAMOS MÉNDEZ, F. *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 500 y ss. y VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “Instituciones...” cit. pág. 31. Y también en la más reciente jurisprudencia. Vid. ej. STS de 25 de febrero de 1992 R. 1552.

681. Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “Instituciones...” cit. Pág 34.

682. Cuyo origen debe encontrarse en la confusión entre excepciones dilatorias, perentorias, materiales y procesales existente en gran parte de la doctrina anterior a la codificación. Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “Instituciones...” cit. págs. 30 y 32.

a un presupuesto procesal como no, que son las establecidas en los núm. 3º, 6º y 7º.

Con respecto a las tres primeras, ya hemos expuesto más arriba los motivos que deben tenerse en cuenta para su inclusión en el núm. 1º del art. 238 de la LOPJ: a ello nos remitimos⁶⁸³. Únicamente debe tenerse en cuenta que la excepción dilatoria del la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (núm. 8º, art. 533), a diferencia de las otras dos (La falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional de los núms. 1º y 5º, respectivamente⁶⁸⁴), no puede ser apreciada de oficio si no es alegada por la parte, pues es precisamente la alegación lo que excluye el conocimiento del juez.

Las establecidas en los números 2º y 4º, es ciertamente cuestionable que sean medios de denuncia de la nulidad. La

683. Cabe poner de manifiesto las discrepancia existente en la doctrina respecto a la posibilidad de alegar la falta de competencia territorial como excepción dilatoria, tras la reforma de la LEC. Discrepancia que ha de entenderse finalmente resuelta por la jurisprudencia en sentido negativo. Cfr. SSTs de 25 de febrero de 1991 R.A. 1595 y 5 de febrero de 1992 R.A. 830. La reforma del 84, que limita la falta de competencia a la objetiva y funcional no debería dejar lugar a dudas (Vid. el pormenorizado estudio de las distintas posiciones doctrinales que hace SANTOS VIJANDE, J.M. *Declinatoria...* cit. Pág. 139); especialmente cuando, como pone de manifiesto SANTOS VIJANDE Ib. pág. 140, el nuevo art. 538.1 deja de hacer referencia a la declinatoria, haciendo posible, en una interpretación sistemática de ambos preceptos, considerar que la referencia a la competencia en general, está limitada a la objetiva y funcional. En la práctica, a pesar de las discrepancias doctrinales, el propósito perseguido por todos los autores es coincidente en el intento de eliminar la enmarañada regulación existente en la actualidad al respecto. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Comentarios...* cit. págs. 500-501.

684. Sobre la posibilidad de apreciación de oficio de la Litispendencia vid. STS de 25 de febrero de 1992 R. 1552.

primera de ellas hace referencia según el parecer mayoritario de la doctrina, a la legitimación *ad processum*, debiendo quedar excluida de su contenido la legitimación en sentido estricto⁶⁸⁵. Sin embargo, entendemos que cabría considerar incluibles en el contenido de esta excepción los supuestos de falta de legitimación activa claramente diferenciables del fondo. Es decir, los supuestos de legitimación que GÓMEZ DE LIAÑO denomina *cerrada*⁶⁸⁶ que, sin embargo, no pueden ser considerados requisitos de validez sino, en todo caso, de *procedibilidad* o de *admisibilidad*⁶⁸⁷. La Ley establece una distinción entre la carencia y la falta de acreditación; y la falta de acreditación, según vimos más arriba, es siempre un defecto formal.

A través de la excepción del núm. 4º, se ha entendido que cabe denunciar la errónea constitución de la relación procesal por la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, no tenido en cuenta por el actor. Independientemente de que ello pueda ser así, lo cierto es que según la más reciente jurisprudencia, la falta de litisconsorcio pasivo necesario no puede ser conside-

685. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Comentarios...* cit. pág. 501.

686. Cfr. *El proceso civil* cit. pág. 334. Ya CARNELUTTI, F. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. trad. de J. Guasp. Ed. Bosch. Barcelona, 1942, pág. 270, había intuido esta realidad al advertir que *el que la legitimación sea requisito del acto supone que la situación jurídica correspondiente no pertenezca a todos sino tan sólo a unas personas determinadas: si se concede un poder o se impone un deber a todos, no puede el acto, en el que el poder o deber se desarrolla, tener ese defecto*.

687. Otra cosa es que, en determinados supuestos, la falta de legitimación esté íntimamente unida a la infracción del principio de defensa, como ocurre en los supuestos de falta de *litisconsorcio pasivo necesario*, como veremos inmediatamente. Sobre el litisconsorcio pasivo necesario como problema de legitimación vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Precisiones..." cit., pág. 310.

rada como causa de nulidad por sí misma. Únicamente lo será cuando se condene al litisconsorte necesario sin haberle oído. Pero ello ya en virtud de la infracción de principios procesales⁶⁸⁸.

El segundo tipo de cuestiones que hemos distinguido puede hacer referencia o no a la validez del proceso, dependiendo de cuál sea el supuesto que fundamente la concreta alegación por este cauce. El más paradigmático, en este sentido, es el defecto legal en el modo de proponer la demanda (núm. 6º del art. 533). Esta excepción dilatoria puede referirse tanto a la inadmisibilidad de la demanda, como a la falta de claridad de la misma⁶⁸⁹. En el segundo caso nos encontraremos ante la ausencia de un presupuesto procesal cuando la falta de claridad de la demanda sea de tal magnitud que no permita saber lo que se pide ni contra quien⁶⁹⁰.

Respecto a la falta de personalidad en el procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder, puede hacer referencia a auténticos defectos de postulación —es decir, a una falta de representación— o, más frecuentemente, a defectos de forma de esa representación. En el primer caso estaríamos ante la ausencia de un *presupuesto procesal*⁶⁹¹; pero no así en el segundo, al que debería aplicarse de manera contundente el art.

688. Cfr. STS de 25 de febrero de 1992 R.A. 1552.

689. En este sentido es de resaltar la distinción que se hace en el nuevo art. 693.3 de la LEC entre *los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos y la falta de algún presupuesto o requisito del proceso*. Vid. *infra*, pág. 712.

690. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Comentarios a la reforma...* ob. col. Pág. 534; VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 140.

691. Con independencia de que se trate de una ausencia subsanable, si se convalida lo realizado por el *falsus procurator* a través del otorgamiento de poder.

240.1, según la interpretación antiformalista hecha más arriba. Para ello bastaría, como pone de manifiesto RAMOS MÉNDEZ, que los Tribunales aplicaran a los poderes para pleitos *conceptos comunes que no tienen inconveniente en aplicar a los problemas de fondo*⁶⁹². Una observación similar puede hacerse respecto de la falta de reclamación previa en vía gubernativa (núm. 7º art. 533), cuyo mantenimiento como requisito de procedibilidad —ya que no se trata de un verdadero presupuesto procesal⁶⁹³— no tiene sentido en la actualidad, salvo que se arbitre algún mecanismo que penalice el silencio administrativo⁶⁹⁴.

Por último debemos hacer una somera referencia al tratamiento verdaderamente peculiar de la excepción de cosa juzgada, cuya calificación de *perentoria* no tiene un fundamento

692. Cfr. *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 503.

693. Cfr. GUASP, J. *Derecho Procesal...* cit. t.II. pág. 34 y VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 142.

694. Hasta ahora era doctrina jurisprudencial consolidada la de que debe identificarse en cuanto a su finalidad y efectos con el acto de conciliación, habiendo perdido, con la supresión de la obligatoriedad de la conciliación gran parte de su fundamento, siendo un defecto subsanable; Cfr. STS 27 de marzo de 1992 R.A. 2336 y las allí cit. Entre la doctrina se cuestiona actualmente la adecuación constitucional no ya de la reclamación previa en vía gubernativa, sino de la vía administrativa previa para acceder al *recurso contencioso-administrativo*. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Ed. Cívitas. Madrid, 1989. págs. 58 y 59. quien la considera una *reduplicación del privilegio de la decisión previa*. No obstante debe tenerse en cuenta que con la promulgación de la L. 30/92 de 26 de noviembre, estas interpretaciones finalistas, favorables a la acción, pueden encontrar dificultades para seguir aplicándose, pues el art. 121 contradice —aunque difusamente— el carácter subsanable de la falta de reclamación previa.

claro. Especialmente si se considera que a la litispendencia —que es precisamente una prevención de los efectos de cosa juzgada— se le otorga el cauce privilegiado de las excepciones dilatorias⁶⁹⁵.

Es actualmente doctrina jurisprudencial consolidada la de que la apreciación de la cosa juzgada puede hacerse de oficio en cualquier momento, antes de dictar sentencia⁶⁹⁶. Como dice PRIETO CASTRO, si existe alguna materia de orden público procesal es esta⁶⁹⁷. Por nuestra parte, ya hemos puesto de manifiesto que debe entenderse incluido dentro del núm. 1 del art. 238 de la LOPJ.

695. Sobre la problemática de esta excepción y su posible tramitación por el cauce de los incidentes GÓMEZ DE LIANO, F. *El proceso civil* cit. T.I, págs. 217 y ss., considera que la exclusividad de la alegación que la Ley preceptúa, debe llevar aparejada una conformidad en todo lo demás. No existe unanimidad sobre ello en la doctrina, pues algunos autores, como ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios...* ob. col. cit. Pág. 581, consideran aplicable este trámite incidental tan pronto como no exista claridad sobre su apreciación, incluso dentro de la *comparecencia saneadora* del menor cuantía.

696. Se trata de una línea jurisprudencial iniciada por la STS 27 de octubre de 1944 R. 1178 y seguida, entre otras por las SSTS 3 de febrero de 1961 R.313; 6 de noviembre de 1965 R.4986; 17 de diciembre de 1977 R.4760; 10 de noviembre de 1978 R.3507, si bien referidas exclusivamente a la *función positiva* de la cosa juzgada. Pero las STS de 6 de diciembre de 1982 R. 7462 y 5 de octubre de 1984 R.4757 admiten con absoluta claridad la posibilidad de estimación *ex officio* de la cosa juzgada. Cfr. BOTANA GARCÍA, G. “La contradicción de sentencias firmes sobre un mismo litigio” en *Rev. Justicia* 1990, núm. IV. Pág. 868. Vid. tb. al respecto VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. págs. 164-165.

697. *Tratado...* cit., T. I, pág. 802.

Los artículos de previo pronunciamiento del art. 666 de la LECrim constituyen el equivalente procesal de las excepciones dilatorias en el proceso penal. Y, desde la perspectiva de la nulidad, son igualmente idóneos para prevenirla.

Este cauce de alegación privilegiado se otorga por la LECrim a la llamada *declinatoria de jurisdicción* (art. 666. 1º), que debe considerarse equivalente a la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; a la *cosa juzgada* (núm. 2º); a la prescripción del delito (núm. 3º); a la amnistía o indulto (núm. 4º) y a la falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria con arreglo a la Constitución y a Leyes especiales (núm. 5º). Se trata en todos los casos de circunstancias que afectan a la validez del proceso⁶⁹⁸ y que no por estar catalogadas como artículos de previo pronunciamiento quedan fuera del control de oficio del juez.

Tras una titubeante jurisprudencia, hoy es doctrina jurisprudencial consolidada la de que la relación del art. 666 de la LECrim no es una relación cerrada y que, por tanto, en este trámite pueden ser puestas de manifiesto aquellas circunstancias o defectos que puedan afectar a la validez del proceso⁶⁹⁹, siendo igualmente apreciables de oficio⁷⁰⁰.

El paralelismo entre las excepciones dilatorias y los artículos de previo pronunciamiento es innegable⁷⁰¹. No obstante, existe

698. Aunque la amnistía o indulto y la prescripción del delito son más bien hechos que excluyen la punibilidad y sólo indirectamente pueden considerarse como causa de nulidad.

699. Cfr. SSTs 2 de abril de 1979 R. 1549; 16 de junio de 1980 R. 2564 y 7 de diciembre de 1984 R. 6251.

700. Cfr. p. ej. STS 24 de marzo de 1992 R. 2429.

701. También en cuanto a la crítica que de ellas puede hacerse. Cfr. STS 2 de marzo de 1990 R. 2321.

una particularidad notable respecto al proceso penal que conviene tener en cuenta. La sentencia que admite una excepción dilatoria no tiene otro efecto que el de extinguir el proceso sea cual sea la excepción que haya sido alegada. De tal modo que, la imposibilidad de iniciar otro proceso sobre lo mismo que eventualmente pueda existir, no es nunca consecuencia de la resolución, sino de la persistencia de la excepción que fue alegada. O, dicho con otras palabras, *no puede alegarse el efecto de cosa juzgada del auto que admitió la excepción dilatoria, sino que es necesario volver a alegar la excepción que persiste*⁷⁰².

No puede decirse lo mismo de las resoluciones que resuelven artículos de previo pronunciamiento en el proceso penal: la admisión de las excepciones comprendidas en los números 2º, 3º y 4º llevan consigo el sobreseimiento del proceso⁷⁰³, provocando la citada resolución, una vez firme, efecto de cosa juzgada⁷⁰⁴, que puede hacerse valer como excepción autónoma, ante el intento de iniciar de nuevo un proceso penal sobre lo mismo.

— Los nuevos trámites de saneamiento del proceso

702. Con independencia de que la resolución pueda ser aportada como apoyo de la argumentación e incluso para conseguir la apreciación de mala fe y la consiguiente imposición de costas.

703. Cfr. art. 675 LECrim.

704. La producción de cosa juzgada del sobreseimiento libre es doctrina jurisprudencial absolutamente consolidada, a pesar del silencio de la LECrim. Cfr. al respecto, FENECH, M. *Derecho Procesal Penal* Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1945. T.II, págs. 533 y 534; GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal...* ob. col. cit. T.II. Pág. 371; GÓMEZ COLOMER, J.L. *Derecho Jurisdiccional...* ob. col. cit. T.III. pág. 268.

Uno de los datos fundamentales a tener en cuenta para hacerse cargo de la evolución de nuestro ordenamiento procesal en cuanto al tema de la nulidad, es la incorporación al mismo de algunos trámites que cumplen, entre otras, la función de sanear el proceso. Tan relevante es esa función de saneamiento que, aun no siendo la única, ni quizá la más importante, ha sido adoptada por la doctrina para su denominación, especialmente en el proceso civil⁷⁰⁵.

Incluimos estas instituciones entre los medios de prevención de la nulidad en razón de la peculiar regulación legal. Porque, aún habiéndose ya iniciado el proceso, la apreciación de la nulidad en este momento procesal, no lleva aparejada una declaración de nulidad de lo actuado, sino el sobreseimiento del proceso⁷⁰⁶.

La *comparecencia saneadora* introducida en nuestra LEC por la Novela del 84 y la *comparecencia previa* introducida en la LECrim por la L.O. 7/88 confirman todas las consideraciones que venimos haciendo sobre la necesidad de considerar a la nulidad como una técnica de protección del proceso, y vienen a

705. En efecto, de la regulación de la LEC se deduce que cumple además la función de conciliación intraprocesal y de facilitación del debate. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil...* cit. Págs. 124 y ss.; ALMAGRO NOSETTE, J. *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 572.

706. Cfr. art. 693.4º de la LEC y art. 793.2 en relación con el art. 675 de la LECrim. Sobreseimiento cuyas consecuencias en el proceso civil no están claras, como ha puesto de relieve un sector de la doctrina. Cfr. ALMAGRO NOSETTE, J. *Comentarios...* ob. col. cit. Pág. 581 y MUÑOZ SABATÉ, Ll. "Consideraciones sobre la comparecencia previa en el menor cuantía" en *Rev. Jur. de Catalunya* 1981, núm. 1. Pág. 50.

perfeccionar la línea iniciada en otras normas procesales tendiente al saneamiento del proceso en su fase inicial⁷⁰⁷.

La regulación de la *comparecencia saneadora* de la LEC, por lo que respecta al tema de la nulidad, está vertebrada en torno a los poderes de oficio del juez, que permanecen, como ha puesto de manifiesto ALMAGRO NOSETE⁷⁰⁸, incluso en los supuestos en los que no existe necesidad de celebrarla⁷⁰⁹.

Son tres los temas relacionados con la nulidad que pueden tratarse en esta comparecencia. El primero está contemplado en el núm. 1º del art. 693 y hace referencia a la inadecuación del procedimiento⁷¹⁰, y que sólo hará referencia a la nulidad cuando determine una disminución de las posibilidades alegatorias⁷¹¹.

Los otros dos están incluidos en el núm. 3º del mismo artículo de la LEC. A primera vista podría pensarse que se trata de un conjunto homogéneo de temas que pueden suscitarse en la comparecencia relativos a la nulidad. Sin embargo, la propia

707. Así el D. de 21 de noviembre de 1952 sobre normas procesales aplicables a la justicia municipal, regula en los arts. 31 a 36 un trámite de admisión, destinado a comprobar los presupuestos y requisitos procesales y otorgar un plazo para la subsanación cuando sea posible. Igualmente en la LRJCA de 27 de diciembre de 1956 se establece un trámite con finalidad similar en el art. 62.

708. *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 564.

709. En concreto cuando no esté personado ningún demandado (cfr. art. 691 de la LEC).

710. Sobre la que trataremos más abajo al hablar del *recurso de nulidad*. Vid. *infra*, pág. 757.

711. Puesto que actualmente —desde la desaparición de los Juzgados de Distrito— no tiene relevancia competencial, sino sólo procedimental (excluyendo la cuantía de 8.000 pts. respecto de los jueces de paz).

dicción del artículo permite distinguir entre *los defectos de que pudieran adolecer los escritos expositivos*, por un lado, y *la falta de algún presupuesto o requisito del proceso*, por otro. La distinción es sutil, pero no carente de importancia. Especialmente si tenemos en cuenta las consideraciones hechas con anterioridad sobre los defectos de forma⁷¹².

El precepto tiene una redacción ambigua⁷¹³, y no permite establecer con absoluta claridad si la distinción apuntada entre los defectos y la falta de presupuestos o requisitos tiene trascendencia respecto a las facultades de oficio del juez⁷¹⁴. Lo lógico sería entender que sólo la ausencia de presupuestos o requisitos puede ser apreciada de oficio por el juez, pues los defectos en los escritos expositivos —como ya se ha dicho— sólo deben entenderse referidos a la nulidad cuando impidan la identificación de las partes o del objeto del proceso. En los demás casos se trata de defectos puramente formales que en ningún caso deben afectar a la validez del proceso.

No es obstáculo para esta interpretación que el legislador prevea la posibilidad de que esos defectos de los escritos expo-

712. Vid. *supra*, págs. 437 y ss.

713. Ambigüedad que se extiende, incluso, a la posibilidad de discutir la existencia del propio defecto, como han puesto de manifiesto diversos autores. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios...* ob. col. cit. pág. 561 y 579 y ss.; MUÑOZ SABATÉ, LI. “Consideraciones...” cit., pág. 55 y SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Precisiones...” cit., pág. 300.

714. El precepto que comentamos (art. 693 LEC) dice textualmente: *(...) la comparecencia proseguirá con el objeto establecido en las siguientes reglas:(...) 3ª. Subsanan o corregir, si fuera posible, los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos, o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el juez:(...).*

sitivos sean *insubsanales* o no puedan corregirse⁷¹⁵; pues ello puede deberse a diversos motivos y muy especialmente a lo establecido en el núm. 2º del mismo artículo respecto a la prohibición de alterar sustancialmente lo sustentado en los escritos iniciales⁷¹⁶.

Por lo que respecta a los presupuestos y requisitos, la propia utilización de ambos términos ha merecido diversa consideración por parte de la doctrina científica. Mientras algunos autores consideran positiva su introducción —por lo que supone de reconocimiento de unos elementos que deben ser tenidos en cuenta—, otros han puesto de manifiesto la confusión que puede crear la introducción de estos términos sin establecer las bases que permitan clarificar si son equivalentes o cuáles son los criterios de distinción⁷¹⁷.

No obstante, parece bastante coherente entender que con el término *presupuestos* se refiere el legislador a un tipo de requisitos específico, aquellos necesariamente son exigidos para el ejercicio de la función jurisdiccional, cuya ausencia provocaría la nulidad⁷¹⁸; y, por el contrario, los *requisitos*, serán todos aquellos que el legislador establezca, con carácter general o

715. Cfr. núms. 3 y 4 del art. 693 LEC.

716. En este sentido no parece aventurado interpretar que en lo que se está pensando es en la petición de subsanación o corrección del defecto proveniente de la propia parte que ha presentado el escrito. Mientras que la falta de algún presupuesto o requisito, lógicamente será puesta de manifiesto por la contraria y también lo puede ser por el Juez.

717. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 580. En el mismo sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Precisiones...” cit., pág. 300.

718. Y que de algún modo vienen exigidos por la propia función, aunque su determinación puede variar según se utilicen criterios restrictivos o extensivos. Vid. *supra*, pág. 190.

para unos determinados casos, como condiciones de admisibilidad, procedibilidad, o validez⁷¹⁹.

Los términos *subsanan*, *corregir* y *salvar* parece bastante claro que no identifican categorías concretas, pues en ese caso sería más lógico que se hubieran empleado los verbos *corregir* y *salvar* para los defectos de forma en los escritos expositivos y *subsanan* para la falta de algún presupuesto o requisito. Por otra parte, no establece la Ley ningún criterio de subsanabilidad, aunque de la LOPJ puede extraerse.

En cuanto a los efectos del auto de sobreseimiento del proceso, entendemos con ALMAGRO NOSETE⁷²⁰ que, al no referirse al fondo del asunto dejándolo imprejuizado, no impide la iniciación de otro proceso sobre lo mismo. Si bien puede no ser posible por otras causas, como que el defecto sea insubsanable.

En cuanto a la *audiencia inicial* o saneadora regulada en el art. 793.2 de la LECrim poco hay que añadir, pues su fundamento y amplitud es el mismo respecto de la posible nulidad. Quizá debe ponerse de manifiesto que la mayor flexibilidad con que está regulada —en comparación con la de la LEC— es, en este caso, beneficiosa. Como cuestiones que pueden suscitarse en este momento procesal hace referencia la Ley a la competencia judicial, la vulneración de algún derecho fundamental, y la existencia de artículos de previo pronunciamiento o de causas de suspensión del juicio oral.

La vulneración de algún derecho fundamental no debe entenderse como referido únicamente al artículo 11 de la LOPJ, al que ya hemos hecho referencia, sino a todos aquellos derechos

719. Cfr. en sentido similar ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios...* ob. col. cit., pág. 582.

720. Cfr. Id. n. anterior. Tb. lo expone extensamente ALVAREZ DE LINERA, S. *El sobreseimiento en el proceso civil*. inédito.

fundamentales cuya transgresión pueda tener trascendencia en el proceso⁷²¹. Y, respecto a la existencia de causas de suspensión del juicio oral, deben apreciarse necesariamente todas aquellas que puedan provocar indefensión en cualquiera de las partes.

b) *Medios de denuncia: Las excepciones*

A diferencia del mayor cuantía, en el resto de los procedimientos declarativos civiles no existe un trámite previo equivalente al de las excepciones dilatorias, debiendo oponerse todas las excepciones, tanto dilatorias como perentorias, en la demanda. No obstante, respecto de la falta de competencia territorial, cuando sea *disponible*, debe utilizarse necesariamente el cauce de las *cuestiones de competencia* por declinatoria e inhibitoria, como ya se ha visto.

El carácter no suspensivo de las excepciones en el resto de los procedimientos declarativos⁷²², es aparentemente contrario a la economía procesal pues, a primera vista, lo único que consigue es un pronunciamiento previo⁷²³ y, en su caso, una sentencia absolutoria de la instancia. Pero esa apariencia queda plenamente desvirtuada si tenemos en cuenta las amplias fa-

721. Como por ejemplo el derecho a un juez imparcial, esto es, no incurso en causas de recusación, etc. Vid. al respecto LOZANO HIGUERO, M. y MARCHENA GÓMEZ, M. *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*. Ed. Comares. Granada, 1994. Págs. 65 y ss.

722. Al igual que las *dilatorias* (en cuanto al contenido) en el mayor cuantía, cuando no se alegan dentro de los seis días siguientes a la notificación de la providencia que manda contestar la demanda (art. 535 de la LEC).

723. Cfr. p. ej. art. 687 de la LEC.

cultades de oficio concedidas al juez para vigilar la regularidad del proceso y la existencia, en el menor cuantía, de una *compa-recencia previa* que puede suplir con ventaja al trámite de las excepciones dilatorias, si se utiliza adecuadamente.

Precisamente por esto, dentro del nuevo régimen de la nulidad diseñado por la LOPJ, debe entenderse que, aunque se utilice el cauce de las excepciones, no deben dar lugar a una sentencia absolutoria de la instancia aquellas que denuncien una infracción susceptible de ocasionar la nulidad. Por el contrario, tan pronto como tal infracción sea comprobada por el juez, incluso una vez visto el pleito para sentencia, debe de anular lo actuado con el pronunciamiento que sea oportuno en cada caso. El art. 702 de la LEC, en su actual redacción, permite hacerlo al establecer que *la sentencia resolverá todas las cuestiones propuestas. En su caso se decidirán en primer lugar las que puedan obstar el pronunciamiento sobre el fondo si no hubiesen sido ya resueltas*⁷²⁴.

c) *La supresión del incidente de nulidad de actuaciones*

Una de las novedades más llamativas de la L.34/84 fue el intento de supresión del *incidente de nulidad de actuaciones*, enmarcado dentro del propósito del legislador de evitar, en la medida de lo posible, interrupciones y dilaciones innecesarias en la tramitación del proceso civil⁷²⁵.

724. Cfr. tb. art. 245.1.b de la LOPJ ya comentado.

725. La trascendencia de esta supresión excede los límites del ordenamiento procesal civil, pues gran parte de las formulaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la nulidad, en todos los órdenes, tenían su base en esta regulación. Cfr. MUÑOZ ROJAS, T. "Acerca de las condiciones del pro-

Dada la utilización abusiva que venía haciéndose de dicho incidente⁷²⁶, podría pensarse que su supresión ha sido un acierto. Pero el incidente cumplía una función saneadora, con lo que se plantea la duda de si su desaparición ha sido suficientemente compensada con la función saneadora atribuida a otras instituciones. Algunos autores como SERRA DOMÍNGUEZ⁷²⁷, han calificado de problemática y precipitada la eliminación del incidente. En su opinión, quedan sin cobertura los supuestos de nulidad no susceptibles de ser denunciados a través de los recursos. Entre ellos cita los actos de comunicación y la realización material de resoluciones judiciales; los actos procesales realizados en audiencia pública, como la práctica de pruebas, las vistas y comparecencias; las subastas judiciales y los actos de parte realizados bajo violencia intimidación o dolo, fuera de la presencia del Tribunal.

Pues bien, junto con la problemática de la discutible sustitución de las funciones que cumplía el incidente, convive otra, más grave, que es la de su discutible desaparición. El legislador no ha sabido trasladar al precepto legal, con la claridad desea-

ceso penal y de la pena” en *Rev. de Derecho Procesal* 1965. Núm. II, abril-junio. págs. 10 y ss. y la jurisprudencia allí cit.

726. Posible en gran medida, como ha puesto de manifiesto SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. pág. 625 y ss. y con anterioridad a la L. 34/84 en “el incidente...” cit. *passim*, por una errónea interpretación jurisprudencial, ya denunciada en su momento por GUASP, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Aguilar. Madrid, 1950. T.II, vol.I. 3ª parte. Pág. 1013. Un ejemplo de esa doctrina jurisprudencial puede verse en la STS de 23 de octubre de 1950 R. 1684 y las allí cit. Cfr. Tb. MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. pág. 20.

727. Ib. pág. 632. En el mismo sentido se pronuncian GÓMEZ COLOMER, M. *Derecho Jurisdiccional* ob. col. cit. 1989, II, pág. 620 y DE LA OLIVA *Derecho Procesal Civil* Ob. col. cit. 1988, II. Pág. 563.

ble, su propósito —manifestado en la exposición de motivos— de suprimir el incidente. En el art. 742 se declara *inadmisible el incidente de nulidad de resoluciones judiciales*. Y, en efecto, desde mi punto de vista, es así como debería haberse denominado el antiguo *incidente de nulidad de actuaciones o de alguna providencia*. Pero no deja de llamar la atención que el legislador se decida a rectificar la denominación de una institución en el preciso momento en que está tratando de suprimirla. La justificación de este cambio de nomenclatura está en lo que se prescribe seguidamente: *Los vicios que puedan producir tal efecto se harán valer a través de los recursos*: evidentemente los recursos sólo se interponen frente a resoluciones.

Aunque la mayoría de la doctrina admite la desaparición — más o menos criticable, pero cierta— del *incidente de nulidad de actuaciones*⁷²⁸, la falta de cobertura de algunos supuestos y

728. Vid. p. ej. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* (ob. col.) cit. págs. 625 y ss. FAIRÉN GUILLÉN, V. *La reforma urgente de la LEC* cit., pág. 249. MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. Pág. 265, hace notar además que *la reforma, no sólo hace referencia expresa a la prohibición de utilizar la vía incidental para incoar la nulidad de resoluciones judiciales, sino que omite en el mismo precepto la referencia que en su anterior redacción se hacía al carácter incidental que tenían aquellas cuestiones que se relacionasen con la validez del procedimiento*. Lo cual significa, como ya puso de manifiesto SERRA DOMÍNGUEZ, M. ib. pág. 630-631, *convertir en rarísimas si no imposibles las cuestiones incidentales*. Cfr. SSTC 151/87 de 2 de octubre; 157/87 de 15 de octubre; 158/87 de 20 de octubre; 19/88 de 17 de octubre; STS de 14 de noviembre de 1990 R. 8711 en la que se afirma que la supresión del incidente de nulidad de actuaciones no autoriza a sustituirlo por un proceso declarativo. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Derecho procesal administrativo* (Coaut. GIMENO SENDRA, V. y GARBERI LLOBREGAT, J.) Ed. Tiránt lo Blanch. Valencia 1991, págs. 152-153, plantea el interesante problema de si

la falta de claridad del legislador a la que acabamos de referirnos, han llevado a algunos autores —fundamentalmente VERGÉ GRAU⁷²⁹— a sostener la pervivencia del mismo en aquellos supuestos en que no quepa hacer valer la nulidad a través de los recursos.

La elaborada tesis de VERGÉ GRAU se fundamenta básicamente en los siguientes puntos⁷³⁰:

- Las cuestiones de nulidad suscitadas por las partes son siempre *cuestiones incidentales*

- Existen actos que no tienen reflejo en las resoluciones — como los actos de realización material de prueba o de ejecución

subsiste el incidente de nulidad de actuaciones en el proceso contencioso administrativo, pues el art. 128 de la LRJCA dispone que cuando se alegare la nulidad de actuaciones en autos de que conocieren en única instancia las salas de lo contencioso-administrativo de las AT y se denegare la subsanación podrá promoverse *incidente de nulidad* que resolverá la propia Sala completada por el presidente de la Audiencia. E igualmente el art. 126 se refiere a la tramitación en pieza separada de los incidentes incluidos los de *nulidad*, pero no regula nada sobre su tramitación por lo que debe entenderse aplicable la LEC (D.A. 6ª de la LJCA); pero resulta que ésta considera inadmisibile el incidente de nulidad, entendiendo el mencionado autor que al haber desaparecido el sustento normativo supletorio, debe entenderse desaparecido el incidente. El problema es susceptible de diversas soluciones, pues no sería imposible considerar tramitación supletoria la regulada por la LEC para los incidentes.

729. *La nulidad...* cit. Parte Tercera, *passim*. Aunque PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. ed. 1985, T.II págs. 358 y ss. implícitamente también lo admite.

730. VERGÉ GRAU, J. Ib, loc. cit. especialmente págs. 231 y ss.

material de resoluciones judiciales— y cuya nulidad no puede, por tanto, hacerse valer a través de los recursos⁷³¹.

- Es el único medio posible para denunciar la infracción del *contradictorio* en los supuestos de rebeldía involuntaria.

En todos estos casos, el autor citado considera que el art. 240.2 de la LOPJ admite la interposición del incidente de nulidad de actuaciones⁷³².

La trascendencia práctica de ello, como ya vimos más arriba, estriba en que, tratándose de un incidente, el órgano jurisdiccional vendría obligado a resolver sobre el mismo. Cosa que no sucede si se trata de una mera solicitud para que ejercite una facultad de oficio⁷³³. Además la utilización de este medio, independientemente de su naturaleza procesal, no puede sustituir a los cauces legales específicos, ni podría, por lo tanto, impedir la preclusión.

731. En ello coincide con SERRA DOMÍNGUEZ M. *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. pág. 632 y con PRIETO CASTRO. L. *Tratado...* cit. 1985, T.II págs. 358 y ss.

732. A diferencia de la generalidad de la doctrina que considera que se trataría del ejercicio de una facultad de oficio, que puede solicitarse por las partes. Vid. p. ej. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* Ob. col. cit. pág. 625 y MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA. J.M. *La nulidad...* cit. pág. 265.

733. Aunque SAINZ DE ROBLES, F. “De nuevo sobre la nulidad de los actos procesales” en *Rev. Tapia* Año XII, Núm. 67. Diciembre de 1992. Págs. 12, niega esta diferencia afirmando que también podía hacerlo con base en el antiguo art.742 de la LEC. Opinión con la que no podemos estar de acuerdo, pues no es lo mismo rechazar el planteamiento de un incidente que ignorar una solicitud.

Como tiene declarado el TC⁷³⁴, la supresión del incidente de nulidad de actuaciones —que considera innegable—, *es, desde una perspectiva constitucional irreprochable, siempre que quepa hacer valer a través de los recursos los defectos formales que se aleguen como productores de indefensión*. Así pues, lo que debe resolverse es si tales supuestos realmente se dan.

Aun admitiendo la posible base legal, e incluso jurisprudencial⁷³⁵, de la tesis de VERGÉ GRAU, pienso que no es necesario resucitar el *incidente de nulidad de actuaciones* para resolver los problemas que plantea su desaparición. La existencia de actos que no tienen reflejo en las resoluciones es cierta sólo si se considera el contenido expreso de las mismas. Toda resolución, ordinatoria o no, contiene un juicio implícito sobre la regularidad y validez de lo actuado, como el propio VERGÉ GRAU admite⁷³⁶. Y, por ello, el mantenimiento del incidente puede considerarse más o menos conveniente, por razones de economía procesal, pero no imprescindible.

La realización material de los actos de ejecución y comunicación no puede ser objeto de recurso en sí mismos. Pero tras su realización recaerá la resolución correspondiente que implícitamente estará valorando su regularidad. Es recurriendo frente a esta resolución como podrá hacerse valer la nulidad de lo actuado. En los actos procesales realizados en audiencia pública, por su mayor libertad formal, puede provocarse una resolución oral del Juez y *protestar* contra ella, en su caso, bien como

734. STC 19/88 de 17 de octubre.

735. N.b. que el TC no deja abierta la puerta a la interposición de incidentes que no existen, sino a la declaración de inconstitucionalidad de la L. 34/84 en este punto si se demostrara que alguno de los defectos causantes de la indefensión no tiene cauce legal para su denuncia.

736. Cfr. id. pág. 218.

recurso de reposición, bien como protesta a los efectos del recurso. Con respecto a los actos de realización material de prueba, considera VERGÉ GRAU⁷³⁷ que no están incluidos en la serie efectual. Y, aunque ello es cierto en sentido estricto, implícitamente son objeto de valoración por el juez en diversas resoluciones y pueden producir efectos procesales, como ya hemos visto. Si la causa de nulidad de estos actos fuera advertida con posterioridad —p. ej. la falta de citación de una de las partes— puede recurrirse contra la resolución que incorpora la prueba al ramo correspondiente, o contra la que manda unir las pruebas a los autos.

Por lo que se refiere a los actos de las partes o los demás intervinientes realizados bajo intimidación o dolo, la única solución real está en el recurso de revisión. Pues, aunque se permitiera suscitar incidentes con este objeto, no es verosímil que la violencia o intimidación, si ha sido suficientemente eficaz para conseguir su objetivo, desaparezca a lo largo del proceso. No obstante, siempre queda la alternativa de iniciar un proceso penal sobre esos hechos que permitiría al juez suspender el procedimiento⁷³⁸. Sea como fuere, no parece lógico que la prevención de un supuesto tan excepcional deje abierta una puerta a perturbaciones innecesarias en todos los procesos.

De igual manera una interpretación correcta de lo dispuesto en el art. 279 de la LEC puede evitar el recurso al incidente de nulidad de actuaciones. En ese precepto se dice que *serán nulas las notificaciones citaciones y emplazamientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en esta sección. Sin embargo, cuando la persona notificada, citada o emplazada, se hubiere dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos como si se hubiere hecho con arreglo*

737. Cfr. Id. pág. 220.

738. Por aplicación del art. 10.2 de la LOPJ.

a las disposiciones de la Ley. Si se pone el acento en la subsanación, podría llegarse a la conclusión de que quien comparece debe plantear un incidente de nulidad, so pena de entenderse consentida la infracción. Sin embargo, lo que la Ley dispone es que surtirá efecto *desde entonces*. Posibilitando, por ejemplo, la reapertura del plazo para recurrir la resolución no notificada.

Se plantean, indudablemente, algunos problemas que deben ser resueltos. Uno de ellos es el de las resoluciones irrecurribles cuya nulidad deberá hacerse valer por medio del recurso contra la sentencia definitiva y, no siendo posible, a través del recurso de amparo ante el TC, que cabe precisamente frente a este tipo de resoluciones⁷³⁹. Lo mismo puede decirse de la realización material de actos de ejecución, cuya deficiente regulación puede dar lugar a problemas. En todos estos supuestos, la posibilidad de utilizar el recurso de amparo puede considerarse contraria a la economía procesal pero es indudable que existe⁷⁴⁰.

De este somero examen de los supuestos problemáticos cabe deducir que la condición establecida por la jurisprudencia del TC para admitir la constitucionalidad de la supresión del *incidente* —esto es, que sea posible utilizar los recursos u otros medios— se cumple siempre. Por ello, independientemente de que pueda considerarse perfectible la regulación actual, no hay razón para mantener la vigencia del incidente de nulidad de

739. Art. 44 de la LOTC, aunque existe una tendencia clara a limitar esta posibilidad durante la tramitación del proceso.

740. Sin embargo, como dice VERGÉ GRAU, J. “La incidencia...” cit. pág. 425, un sistema procesal inspirado en la constitución ha de tener medios y recursos suficientes como para que las nulidades procesales puedan denunciarse en sede jurisdiccional, de manera que el recurso de amparo no se convierta en la “casación universal” de las nulidades. Cfr. STC 130/92 de 28 de septiembre.

actuaciones. Coincidimos con ALMAGRO NOSETE⁷⁴¹ en que, si bien puede considerarse la nulidad como una *cuestión incidental*, una correcta ordenación de las nulidades procesales no exige su tratamiento procedimental como cuestión incidental, considerando dicho autor plenamente correcta la absorción de la nulidad en la disciplina de los recursos.

3. Los recursos como medio de hacer valer la nulidad

Una vez analizados los medios existentes para someter a valoración del órgano que está conociendo del proceso las infracciones susceptibles de provocar la nulidad, debemos estudiar ahora los recursos devolutivos. A ellos, junto con los no devolutivos, se refiere el art. 240.1 de la LOPJ cuando establece que *la nulidad (...) se hará valer por medio de los recursos establecidos en las leyes*, reforzando así el criterio establecido en la L. 34/84⁷⁴².

La absorción de la nulidad dentro de la disciplina general de los recursos no es una novedad en nuestro ordenamiento. Como ha puesto de manifiesto ALMAGRO NOSETE *el origen de los recursos, obedece en gran parte a la necesidad de evitar las acciones de nulidad como medios de defensa autónomos*⁷⁴³.

No obstante, cabe plantearse si la invocación de la nulidad como motivo del recurso configura una categoría impugnatoria

741. Cfr. *Derecho procesal...* ob. col. cit. T.I. vol.I. Págs. 515-516. En el mismo sentido SAAVEDRA GALLO, P. “Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo común” en *Rev. BFD*, Núm. 1. Otoño, 1992, Págs. 193-194.

742. Cfr. MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 238.

743. *Derecho procesal...* Ob. col. cit. t.I. vol.I. pág. 516.

peculiar. CORTÉS DOMÍNGUEZ ha distinguido en este punto entre *medios de impugnación* y *medios de gravamen*⁷⁴⁴. Los primeros irían encaminados a combatir la ilegalidad de un acto a causa de alguna infracción del ordenamiento; y los segundos tratarían de combatir las presuntas injusticias que puedan cometerse en alguna resolución judicial. No obstante, como el mismo autor reconoce, dicha distinción en la práctica carece de trascendencia. Podría intentarse una distinción desde el punto de vista del contenido. La sentencia revocatoria o rescisoria sustituye la resolución impugnada por otra sobre lo mismo, pero con contenido parcial o totalmente diferente. La sentencia exclusivamente *anulatoria* no sustituye a la impugnada, sino que se limita a anularla, reponiendo el procedimiento al momento en que se cometió la infracción⁷⁴⁵. Este criterio de diferenciación es útil sólo como principio general. Pero dada la complejidad de la materia, y las múltiples matizaciones que tiene la aplicación de esta categoría, existen casos en los que no se cumple⁷⁴⁶. De todos modos esa diferencia de contenido no

744. Cfr. *Derecho procesal...* ob. col. cit. T.I. vol.II. pág. 20. En el mismo sentido MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 237.

745. Criterio similar utiliza CARNELUTTI, F. *Instituciones del nuevo proceso civil*. Trad J. Guasp. Ed. Bosch. Barcelona, 1942. Pág. 323. Cfr. arts. 796.2 y 901 de la LECrim y 736, 1715, 1º y 2º de la LEC y 63 del R.D. de 21 de noviembre del 52. N.b. que nos referimos a sentencias que aplican la categoría de la nulidad, y no a las que subsanando la infracción entran en el fondo. GUASP, J. *Derecho procesal civil* T.II. pág. 725, no admite esta distinción.

746. Existen supuestos en los que la sentencia *anulatoria* puede contener un pronunciamiento sobre el fondo, como p. ej. cuando se declara la nulidad por obtención ilegal de la única prueba en la que se apoya el fallo de la sentencia recurrida: procede la absolución. Por otro lado este contenido puramente negativo no es exclusivo de las sentencias que declaran la nuli-

procede, en mi opinión, de una peculiar naturaleza del recurso, sino de la propia pretensión que se introduce en el mismo. Así pues, debe entenderse, como hace la mayoría de la doctrina, que la nulidad no cambia la naturaleza del recurso en el que se alega como motivo⁷⁴⁷.

Una vez finalizada la instancia, las nulidades que las partes pretendan hacer valer, deberán ser invocadas a través de los recursos establecidos contra la sentencia definitiva. Siendo éste el régimen general querido por el legislador, es evidente que la determinación de los recursos utilizables, así como de las condiciones de utilización es del máximo interés, por cuanto la elección de una vía inadecuada puede impedir definitivamente la valoración de la nulidad.

En este punto de nuestra exposición ya puede verse como la referencia a *otros medios* por parte de la LOPJ, lejos de ser confusa, coincide con la realidad legislativa: hay diversos medios durante la instancia y hay diversos mecanismos una vez concluido el proceso, como veremos más adelante.

Recursos utilizables

Los preceptos que disponen la invocación de la nulidad a través de los recursos, no establecen limitación alguna. Por

dad, pues existen otras razones que pueden justificarlo. Así se observa en las sentencias del TC dictadas en recursos de amparo, en razón de la peculiar naturaleza de la Jurisdicción Constitucional.

747. Cfr. FENECH NAVARRO, M. *Derecho procesal penal*. Ed, Labor. Barcelona, 1960. T.II. pág. 745; GUASP, J. *Derecho Procesal Civil*. cit. T.II. pág. 735; VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 110-111; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal*. ob. col. cit. T.I. vol.II, pág. 19; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. págs. 236-238.

consiguiente lo único que puede determinar la exclusión de alguno de ellos es su propia regulación.

Dentro de los devolutivos, suele distinguirse por la doctrina entre dos tipos de recursos: los ordinarios y los extraordinarios. En los primeros la admisibilidad del recurso no está sometida a más limitación que la de la impugnabilidad de la resolución y su interposición en tiempo y forma. Son, en consecuencia, siempre idóneos para la invocación de la nulidad. La admisibilidad de los recursos catalogados como extraordinarios, por el contrario, está condicionada a la invocación del motivo o motivos concretos establecidos por la Ley⁷⁴⁸.

Como puede verse, la tarea de determinar cuáles son los recursos utilizables, se reduce, en la práctica, a comprobar si la nulidad está incluida entre los motivos que la ley establece para los recursos extraordinarios. Pero antes, resulta necesario determinar si existe algún recurso cuyo contenido específico sea la nulidad.

– LOS LLAMADOS RECURSOS DE NULIDAD

Tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, considerado por la jurisprudencia como un auténtico recurso extraordinario, no parece que pueda quedar en nuestro ordenamiento ningún vestigio de la *querella nullitatis*⁷⁴⁹.

748. Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal*. Cit. T.I. vol.II, pág. 24.

749. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en nuestro derecho histórico los recursos de nulidad tienen una larga tradición. Vid. p. ej. Leyes de Partida, III, Título XXVI, Leyes 4 y 5; Ordenamiento de Alcalá Título XIII, Ley 5; Nueva Recopilación, Libro IV, Título XVII; Novísima recopilación, Libro XI, Título XVIII.

No obstante tal apreciación debe ser matizada pues quedan al menos dos supuestos en los que el legislador emplea tal denominación: el *recurso de nulidad* del juicio de menor cuantía de la LEC, y el *recurso de anulación* del procedimiento abreviado de la LECrim⁷⁵⁰.

a) *El recurso de nulidad del juicio de menor cuantía*

La Ley 34/84 de reforma de la LEC, que eliminó el incidente de nulidad de actuaciones, introdujo un peculiar recurso de nulidad en el procedimiento de menor cuantía. Lo encontramos en la regla 1ª del art. 693 en la que se establece que *contra el auto declarando la pertinencia del juicio de menor cuantía (...) sólo se dará el recurso de nulidad. Este recurso deberá interponerse a la vez que el de apelación de la sentencia que decida el pleito.*

Su origen no es otro que el derogado art. 495 de la LEC, en el que al regular el incidente de inadecuación de procedimiento para el juicio de mayor cuantía, se establecía que, contra el auto que declarara ser procedente otro juicio distinto del mayor cuantía se daría el *recurso de nulidad*. Tras la última reforma el recurso pasó a ser de apelación. Sin embargo, se mantuvo la denominación para el equivalente del procedimiento de menor cuantía.

A pesar de la terminología empleada, que trata de distinguir entre la apelación y el *recurso de nulidad*, no parece posible atribuirle un carácter autónomo, pues al decirse que deberá interponerse *a la vez* que el de apelación, mientras trata de diferenciar ambos recursos, se condiciona la interposición del re-

750. Dejamos al margen el *recurso* de anulación de laudos arbitrales pues nada tiene que ver con la denuncia de nulidades procesales.

curso de nulidad a la de la apelación. De tal manera que, si se quiere interponer el recurso de nulidad, debe apelarse la sentencia. Así lo confirma el art. 703, que establece, incluso, que tal recurso debe interponerse en el mismo escrito de interposición del recurso de apelación, añadiendo —nuevamente con intención de diferenciarlos— que se tramitarán conjuntamente.

El resultado de esa normativa es la configuración de un motivo específico de apelación⁷⁵¹ en el menor cuantía, al que, por el motivo más arriba expresado, se denomina *recurso*; y que se limita al supuesto de inadecuación de procedimiento. No es, por tanto, un auténtico recurso de nulidad, aunque configura la inadecuación de procedimiento como un motivo de nulidad específico⁷⁵², también expresamente contemplado en el art. 496 de la LEC para los juicios verbales⁷⁵³.

b) *El recurso de anulación de la LECrim*

Por su parte la L.O. 7/88 de 28 de diciembre de reforma de la LECrim, introduce en el art. 797 de ese cuerpo legal un *recurso de anulación* para los supuestos de sentencias condenatorias dictadas en ausencia. En este caso nos encontramos ante un

751. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil* cit., 1992, págs. 126-127. En igual sentido se pronunciaba GUASP, J. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1977. Pág. 735, respecto al antiguo 495.

752. Si bien, como ya se ha hecho notar, sólo debe ser considerado como tal, cuando afecte a las posibilidades de alegación y prueba o a una disminución en los medios de impugnación. Cfr. STS 10 de octubre de 1991 R.L. 12.114.

753. Vid. art. 47 del D. 21 de noviembre de 1952 respecto al juicio de Cognición. Algunos autores como ALMAGRO NOSETE, J. *Comentarios...* ob. col. cit. pág. 578, lo consideran, sin embargo, un recurso especial.

auténtico recurso independiente de la apelación —pues puede utilizarse tanto si la sentencia ha sido apelada como si no— y con un plazo de interposición igual, pero absolutamente peculiar, al comenzar a contarse desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

Tales características, sin embargo, no son concluyentes a los efectos de su catalogación como recurso de nulidad. Porque, a pesar su denominación, lo cierto es que no se dice que pueda pedirse la nulidad; ni cuál o cuáles son los motivos en los que puede fundarse; ni qué es lo que debe anularse. Además, la nulidad, una vez interpuesto el recurso, parece diluirse y desaparecer, limitándose la especialidad del recurso al plazo peculiar ya mencionado.

El origen de este recurso, sumamente interesante para comprenderlo, no es otro que la posibilidad de celebración del juicio oral en ausencia del acusado. Ambas modificaciones se introducen en la LECrim por la L.O. 7/88⁷⁵⁴ y ambas están estrechamente relacionadas; no sólo por la referencia que se hace en el art. 797 a la condena en ausencia, sino porque la admisión de esta posibilidad es precisamente la causa del establecimiento del recurso. Así se deduce de la exposición de motivos de la L.O. 7/88, en la que se justifica la celebración del juicio en ausencia y la eventual condena, por hacerse *bajo condiciones que garantizan no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su abogado defensor, sino también el derecho a recurrir en anulación contra la sentencia dictada.*

754. Aunque no se trate de una auténtica innovación. Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. “Aproximación al estudio del nuevo *recurso de anulación*. Análisis del reformado art. 797 de la LECrim” en *Rev. Justicia*, 1990, núm. III, págs.628-632; RIVES SEVA, A.P. “El juicio en ausencia y el recurso de anulación” en *Rev. Poder Judicial* 2^a época. Núm. 19, sept. 1990, págs. 49-50.

Se trata con ello de seguir el contenido de la Resolución (75) 11⁷⁵⁵ y la Recomendación (87) 18⁷⁵⁶, del Comité de Ministros del Consejo de Europa citadas por la propia exposición de motivos. En la primera de ellas se establecen las reglas que, como mínimo, deben respetarse para hacer compatible el juicio en ausencia con los derechos de audiencia y defensa, que son esencialmente las siguientes: la citación debe permitir al acusado comparecer y preparar su defensa, y en ella se deben precisar las consecuencias de la ausencia del imputado en el juicio; la sentencia debe ser notificada al condenado y los plazos para recurrir sólo contarán desde que el condenado tenga conocimiento efectivo de la misma; el condenado en ausencia tendrá derecho a impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueran procedentes de haber estado presente y a través del recurso de nulidad en caso de que la incomparecencia al juicio fuera debida a causas involuntarias.

Una lectura inicial del art. 797 de la LECrim, puede llevarnos a pensar que se han incorporado todas las reglas mínimas establecidas en la resolución del Comité de Ministros. Pero pienso que no es así. La brevísima regulación del recurso de nulidad obliga a optar entre dos de las recomendaciones establecidas: bien entendiendo que se refiere al *recurso de nulidad* en caso de que la incomparecencia fuera debida a causas involuntarias⁷⁵⁷; o bien que se trata de salvaguardar el derecho a

755. Resolución (75) 11, sobre criterios a seguir en el procedimiento de ausencia del inculpado, adoptada en la reunión 245 de Delegados de Ministros el 21 de mayo de 1975.

756. Sobre simplificación de la justicia penal, adoptada en la 410 reunión de Delegados de los Ministros, celebrada el 17 de septiembre de 1987.

757. Así lo ha entendido gran parte de la doctrina, considerando el recurso de nulidad como un *medio de rescisión* dirigido contra sentencias firmes, similar en sus efectos al recurso de revisión. Cfr. CORTÉS

recurrir del condenado en ausencia por los mismos medios que hubiera tenido de estar presente⁷⁵⁸, comenzando a contar el plazo para recurrir desde el momento en que tuvo conocimiento de la misma⁷⁵⁹.

Aunque las dos interpretaciones son posibles, en mi opinión, la segunda de ellas es más respetuosa con el tenor literal del artículo. Y a través de ella pueden llegarse a similares consecuencias prácticas. Trataremos de explicar por qué.

La celebración del juicio oral en ausencia del acusado está admitida por la LECrim cuando el acusado hubiera sido citado personalmente, o en la persona indicada por él mismo en la primera comparecencia, siempre que la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o de seis años cuando se trate de penas de otra naturaleza, y que haya suficientes elementos probatorios⁷⁶⁰. El que esta posibilidad sea admitida por la Ley, impide considerarla como infracción —y, por lo tanto, como causa de nulidad—, siempre que se cumplan los requisitos previstos, entre los cuales no se hace referencia a la volun-

DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal*. (Ob. col. cit.), 1992, T.II, pág.699; RIVES SECA, A.P. “El juicio en ausencia y el recurso de anulación” en Rev. Poder Judicial (2ª época) núm. 19, septiembre de 1990 págs. 57 y ss.

758. En este sentido la circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado (*Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1522, pág. 23) lo considera como un recurso de apelación extraordinario, cuyo contenido alcanza al fondo de la sentencia y no exclusivamente a la anulación del juicio en ausencia.

759. Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. “Aproximación al estudio...” cit., pág. 642.

760. Cfr. art. 793 LECrim. que recoge básicamente las condiciones que ya estableciera la L.3/67 de 8 de abril. En los demás casos deberá dar lugar a una nueva citación o a la declaración de rebeldía con la consiguiente suspensión de la causa si no es habido. Cfr. art. 504 LECrim.

tariedad o no de los motivos que llevan a la ausencia. Lo cual, aunque cuestionable⁷⁶¹, tiene su explicación en que el derecho conculcado no es el de defensa⁷⁶², sino el de estar presente en el juicio y ser oído⁷⁶³, ya que es preceptiva la asistencia del defensor. El legislador, consciente sin duda de la excepcionalidad del supuesto admitido, ha establecido que el plazo para recurrir en apelación no comience a correr hasta el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia. Lo cual no es más que una especie de compensación a la merma de garantías sufrida en el juicio oral.

En plena concordancia con lo expuesto, el núm. 1 del art. 797 de la LECrim, al establecer el marco del recurso de anulación, determina que al notificarse la sentencia *al que hubiere sido condenado en ausencia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2^a del apartado 1 del art. 793* se le hará saber su derecho a recurrir en anulación. Lo que podría ser causa de nulidad —esto es, la ausencia del acusado— está excluido del recurso, toda vez que es precisamente presupuesto del mismo. Es decir,

761. Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. “Aproximación...” cit., pág. 634 y la referencia doctrinal contraria a esta posibilidad que allí se hace.

762. Cfr. art. 6.1 del CEDH en el que se admite la defensa a través de su abogado.

763. El derecho a no ser condenado sin ser oído está recogido por el art. 24.1 CE y por el CEDH de 4 de noviembre de 1950 (BOE de 10 de octubre de 1979) Pero no está de más advertir que en nuestro proceso penal son tan limitadas las posibilidades de intervención del acusado en las sesiones del juicio oral que por lo que respecta al principio de audiencia es prácticamente igual que asista que no. Otra cosa sería si existiera una posibilidad real de comunicación con su defensor Cfr. MÁRQUEZ DE PRADO, M.D. y MARTÍNEZ ARRIETA, A. “Validez de la prueba...” cit. pág. 123. No obstante su ausencia impide que se le tome declaración e igualmente la posibilidad de careos con los testigos.

no se cuestiona la regularidad del juicio celebrado en ausencia conforme a las reglas que lo hacen posible, sino que se establece un mecanismo corrector de la disminución de garantías sufrida. No obstante, para evitar una utilización abusiva del mismo, se establece como *dies a quo* del plazo para recurrir el del conocimiento efectivo de la sentencia, que puede ser anterior al de la notificación⁷⁶⁴ y que puede operar como causa de inadmisión del recurso.

La consecuencia de ello es que el objeto del *recurso de anulación* es tan amplio como el de cualquier apelación y son las mismas las posibilidades de recibimiento a prueba. En él podrá hacerse valer la nulidad en los mismos casos que es posible hacerlo en la apelación y con los mismos requisitos. E idénticos son sus efectos, como también determina expresamente el art. 797 de la LECrim.

Si considerásemos que esta vía de impugnación sólo es posible a modo de juicio rescindente, para comprobar si la ausencia fue justificada o no, estamos limitando los medios de impugnación del ausente, que sólo podría pretender la nulidad —y sólo por este motivo—, y estamos introduciendo un elemento perturbador, pues la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado está asentada en razones de economía procesal y de eficacia de la justicia penal, limitada a delitos de menor gravedad y a situaciones de ausencia distintas de la rebeldía⁷⁶⁵.

764. Pues la notificación que aquí se menciona es la que debe hacerse *en el momento en que comparezca o sea habido*, como dispone el propio art. 797.1 LECrim.

765. Como hace notar RIVES SECA, A.P. “El juicio en ausencia...” cit. pág. 48, en el Procedimiento Abreviado la rebeldía se produce, con todos sus efectos cuando el acusado *que no hubiera hecho designación de domicilio* se halle en ignorado paradero y no comparezca en el término fijado por la requisitoria, y, en todo caso, cuando la pena exceda de los límites estableci-

La consideración de la voluntariedad o no de la ausencia, así como del efectivo conocimiento de la citación cuando esta se haya hecho en la persona indicada por el acusado, la harían absolutamente inoperante e incluso perjudicial⁷⁶⁶.

Ahora bien, esta posibilidad contemplada por el legislador, para los supuestos de condena en ausencia en aplicación del art. 793 de la LECrim, no puede negarse a aquellos que hayan sido condenados en ausencia sin cumplir los requisitos requeridos en dicho precepto. El que ha sido condenado en ausencia sin ser citado en forma, o a una pena mayor de las previstas, es evidente que podrá igualmente utilizar esta vía de impugnación pero fundamentando su recurso precisamente en la infracción cometida y solicitando, ahora sí, la nulidad de lo actuado.

Hemos de concluir, por tanto, que el recurso de anulación del art. 797 de la LECrim., si bien no configura un auténtico recurso de nulidad para el supuesto que expresamente contem-

dos en el art. 793 (art. 791.4 LECrim). Por otra parte, el TEDH —S. de 23 de noviembre de 1993 (Caso Poitrimol)— ha puesto de manifiesto que un procedimiento en ausencia del acusado es compatible con el Convenio si aquel puede obtener ulteriormente que una jurisdicción resuelva de nuevo, tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación tanto en los aspectos de hecho como de derecho.

766. Llegando a proponer como solución RIVES SECA, A.P. “El juicio...” cit. pág.53 que cuando la citación no sea personal compruebe el órgano jurisdiccional *si existen datos suficientes que permitan deducir que el acusado fue informado efectivamente de ella, pues en caso contrario no podrá celebrarse el juicio (...)*, con lo que sitúa el enjuiciamiento en ausencia en una inseguridad permanente. Tal comprobación no puede extenderse sino a la regularidad de la citación. Cfr. p. ej. la regulación de los arts. 485 y 486 del CPP italiano. Sobre la problemática de esa regulación vid. STEDH de 12 de febrero de 1985 (Caso Colozza).

pla, puede convertirse en tal cuando se hayan incumplido los requisitos legales de la condena en ausencia.

– LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS

Una vez analizados los recursos cuyo contenido específico aparente es precisamente la nulidad, debemos determinar si la referencia a los recursos establecidos por las leyes procesales que se hace en la LOPJ significa que cualquier recurso, sin distinción, puede ser utilizado con esta finalidad.

Con respecto a los denominados recursos ordinarios, es decir aquellos cuya interposición y motivación son libres sin limitación alguna, la respuesta debe ser sin duda positiva. Entre estos cabe incluir la apelación civil y la penal, y pensamos que ningún otro. A través de estos recursos, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos, podrá intentarse la declaración de nulidad de alguno o algunos actos judiciales. Sobre ello volveremos más adelante.

No sucede lo mismo con los recursos extraordinarios. En ellos se hace preciso averiguar si a través de alguno de los motivos que permiten el acceso al recurso, puede hacerse valer la nulidad y si, entre los que lo admiten, cabe la alegación de todas o sólo de algunas de las causas de nulidad de la LOPJ. Para no hacer interminable este estudio, que en absoluto tiene intención de agotar el tema, expondremos solamente lo relativo a los órdenes civil y penal.

a) *La apelación*

La apelación, tanto civil como penal, como recursos ordinarios prototípicos, son sin duda alguna mecanismos idóneos para someter a valoración del órgano superior las nulidades produ-

cidas durante la primera instancia⁷⁶⁷. En ambos casos la Ley se refiere expresamente a este posible contenido⁷⁶⁸.

Por lo que respecta al proceso civil debe advertirse que la alegación de la nulidad como motivo del recurso de apelación tiene algunas peculiaridades en todos los procedimientos. Aunque debido al desorden legislativo que existe en la regulación de este recurso, no resulta sencillo determinar cuáles corresponden a cada uno.

En el procedimiento de *mayor cuantía* este motivo de apelación debe alegarse en el primer escrito del recurso, esto es, aquél en el que las partes manifiestan quedar instruidas para la vista⁷⁶⁹. Ello dará lugar a una tramitación especial de esa *reclamación* por el cauce de los incidentes⁷⁷⁰.

En los procedimientos denominados *juicios verbales*, tras la última reforma de la LEC⁷⁷¹ el artículo 733 establece que es en el escrito de interposición del recurso de apelación donde debe alegarse la nulidad, sin establecer tramitación especial. Lo mismo sucede con los *juicios de cognición* como consecuencia de la misma reforma, ya que el art. 62 del R.D. de 21 de no-

767. Nuestra apelación no contempla la posibilidad de un nuevo conocimiento del proceso, sino que se configura como una revisión limitada a lo resuelto en primera instancia y el material que le sirvió de base. Cfr. GUASP, J. *Derecho procesal...* cit. T.II. págs. 731-732; PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit., 1985. T. II, pág. 435. Y, lógicamente, en esa revisión queda incluida no sólo la aplicación del derecho, sino también la regularidad y validez de lo actuado. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 121.

768. Cfr. arts. 795 de la LECrim; 710, 733, 859 y 893 de la LEC y 63 del R.D. de 21 de noviembre de 1952, reformado.

769. Cfr. art. 859.

770. Cfr. art. 860.

771. Operada por la L.10/92 de 30 de abril.

viembre del 52, en su nueva redacción remite al art. 733 de la LEC para el recurso de apelación.

La regulación relativa a la apelación en el procedimiento de *menor cuantía* no hace referencia expresa a la nulidad como motivo específico⁷⁷², debiéndose entender, por consiguiente, que no tiene tramitación especial. Curiosamente en la Sección Tercera, Título IV del Libro II de la LEC se hace referencia a las apelaciones de las sentencias y autos dictados en juicios que no sean de mayor cuantía. El art. 893 se remite allí a lo dispuesto en el art. 853, ya citado, quedando el procedimiento de menor cuantía expresamente excluido de esta regulación⁷⁷³. Debe excluirse además el *juicio verbal* y el de *cognición* que, como hemos visto, tienen ahora una regulación específica.

La incoherencia de esta regulación es patente, pues se otorgan más mecanismos de protección a las infracciones producidas en *procedimientos incidentales* que a las que se producen en los de *menor cuantía*. Por ello, VERGÉ GRAU sostiene⁷⁷⁴, y así viene entendiéndolo el TS en alguna sentencia⁷⁷⁵, que las normas establecidas para la apelación por infracción de normas y garantías procesales en el procedimiento incidental deben ser aplicables al menor cuantía. Lo cierto es que mientras tal extremo no esté claro, su exigencia, lejos de operar como garan-

772. Salvo lo ya visto para la *inadecuación de procedimiento* que el art. 703 de la LEC establece que debe invocarse en el escrito de interposición del recurso.

773. Cfr. art. 887.2 de la LEC.

774. Cfr. *La nulidad...* cit. págs. 125-126.

775. Cfr. SSTS 3 de abril de 1987 R.2486 y 7 de mayo de 1991 R.3580.

tía, puede convertirse en un formalismo enervante⁷⁷⁶. Por ello, con independencia de las diversas interpretaciones que existen sobre el particular, vemos preferible utilizar el escrito de interposición del recurso para invocar la infracción, tal como se establece en la LEC para la inadecuación de procedimiento en el art. 703⁷⁷⁷.

De todo lo dicho puede concluirse —pues por encima de las deficiencias legislativas esa es la *filosofía* común subyacente— que la alegación de la nulidad como motivo específico del recurso de apelación debe hacerse en la primera posibilidad alegatoria: ya sea en el escrito de interposición (*juicio verbal, juicio de cognición y menor cuantía*), ya en la manifestación de quedar instruido (mayor cuantía). Dicha denuncia dará lugar a una tramitación específica al menos en el procedimiento de *mayor cuantía* y en las apelaciones de procedimientos incidentales.

Lo anterior quiere decir que, en principio, salvo en esos dos tipos de procedimientos, no será posible solicitar prueba sobre la infracción invalidante, pues, como sostiene la generalidad de la doctrina, los excepcionales supuestos en los que se admite la prueba en la segunda instancia están pensados para el fondo del asunto y no para los vicios de forma⁷⁷⁸. No obstante, no hay por

776. De hecho, el TS ha llegado a admitir como momento oportuno para la alegación del defecto el acto de la vista del recurso de apelación Cfr. STS de 15 de marzo de 1993 R. 2282.

777. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil*. cit., págs. 250-251. Aunque viene entendiendo la jurisprudencia que puede hacerse en el trámite eventual del art. 707 de la LEC, esto es, dentro de los 6 días siguientes a la personación del apelante. Cfr. SSTS de 3 de abril de 1987 R. 2486 y 7 de mayo de 1991 R. 3580, ya cit.

778. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. págs. 130-132 y la doctrina allí cit.

qué excluir drásticamente su utilización y debe intentarse cuando dicha prueba pueda ser necesaria. Pues, como queda dicho, el control sobre la regularidad y validez de lo actuado entra en el contenido de nuestra apelación⁷⁷⁹.

b) *El recurso de casación*

No es necesario esgrimir ninguna argumentación especial para poner de manifiesto la estrecha relación existente entre la nulidad procesal y el recurso de casación. En nuestro ordenamiento, desde sus orígenes⁷⁸⁰ y, posteriormente, bajo la denominación de *casación por quebrantamiento de forma*, han estado presentes diversos supuestos de nulidad cuya invocación podía fundamentar el recurso.

Es más, así como la casación sobre el fondo del asunto ha experimentado cambios notables en cuanto a la extensión y contenido⁷⁸¹, la casación por quebrantamiento de forma ha permanecido sustancialmente invariable. La simplificación del recurso y su modernización, que han supuesto en el orden civil una drástica reducción de los motivos, no ha dejado fuera nin-

779. Cfr. MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J. M. *La nulidad...* cit. pág. 240. Por otra parte así lo ha admitido alguna sentencia reciente del TS. Cfr. STS 4 de junio de 1991 R. 4417.

780. Como pone de manifiesto MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. Pág. 91, no en vano en la constitución de 1812 se recogió por primera vez este recurso con el nombre de *recurso de nulidad*.

781. Especialmente en la reforma operada por la L. 10/92 de medidas urgentes, en la que se elimina el error en la apreciación de la prueba como motivo de casación, en lo que podría interpretarse como *una vuelta a los orígenes*.

gundo de los antiguos motivos de casación por quebrantamiento de forma⁷⁸².

La permanencia de los motivos no es óbice para apreciar, en este aspecto casacional, una espectacular evolución tanto legal (en la casación civil), como jurisprudencial (en todos los demás órdenes). El esfuerzo por no perder de vista la finalidad de las normas procesales, ha producido un cuerpo de doctrina homogénea que aporta criterios sumamente valiosos para una interpretación coherente de la regulación de la LOPJ sobre la nulidad.

A pesar de las evidentes diferencias normativas que existen, la mencionada doctrina, relativa a la casación por quebrantamiento de forma, es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales⁷⁸³. En ella se sienta con claridad que *el “leit motif” de los supuestos casacionales por quebrantamiento de forma, es el de evitar la indefensión de las partes implicadas en el debate*⁷⁸⁴, observación que se aplica también a la nulidad⁷⁸⁵, situando la indefensión como eje de ambos y relacionándolos directamente

782. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. pág. 831. Salvo el de la omisión de la citación para sentencia, poco usado en la práctica y de naturaleza meramente formal.

783. Si ponemos entre paréntesis lo referente a las causas de inadmisión que, en la casación penal, sigue teniendo, a veces, una base excesivamente formalista. Pero también aquí se aprecia una constante doctrina correctora del formalismo, con base constitucional. Cfr. p. ej. STS de 9 de junio de 1989 R. 5061.

784. SSTS 9 de octubre de 1986 R.5584 y 10 de marzo de 1992 R.2164.

785. En la STS de 6 de febrero de 1989 R.1476 se dice que la efectiva indefensión constituye *la nota común esencial que sustenta la nulidad*. Cfr. tb. SSTS de 6 de junio de 1986 R. 3115; 27 de enero y 3 de mayo de 1988 R. 494 y 3455.

con el derecho a un proceso con con todas las garantías establecido en el art. 24 de la Constitución Española⁷⁸⁶. Igualmente es cada vez más frecuente la utilización de criterios como el de la proporcionalidad entre la infracción y sus consecuencias y la *sanción* que supone la nulidad⁷⁸⁷; o la relevancia de la infracción en el proceso⁷⁸⁸, que sustituyen a los criterios dogmáticos tradicionales de aplicación de la nulidad en el proceso.

No debe olvidarse, por último, la trascendencia del nuevo cauce casacional abierto por el art. 5.4 de la LOPJ, al permitir fundamentar el recurso de casación en la infracción de preceptos constitucionales. Infracción que es apreciable en muchas — por no decir todas— las que hasta ahora venían catalogándose como *quebrantamientos de forma*. La ubicación de este motivo de casación, desconectado de los preceptos que regulan el recurso de casación en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, puede plantear algún problema⁷⁸⁹. Para obviarlo debe tenerse en cuenta que la invocación de una infracción de precepto constitucional como motivo de casación no es determinante de la especie casacional (por vicios *in iudicando* o *in procedendo*) del recurso. Sino que ésta debe determinarse en cada caso, analizando el contenido de la infracción⁷⁹⁰.

786. Cfr. STS de 16 de noviembre de 1987 R. 8521.

787. Cfr. STS de 9 de junio de 1989 R.5061, ya cit.

788. Cfr. STS de 29 de septiembre de 1989 R.7520.

789. En concreto el derivado del contenido específico que tienen los pronunciamientos del Tribunal al apreciar los diversos motivos: sólo la estimación del núm 3º del art. 1692 de la LEC, o de los establecidos en los arts. 850 y 851 de la LECrim. permite al Tribunal retrotraer las actuaciones. Cfr. arts. 1715, 2º de la LEC y 901.bis.a) de la LECrim.

790. El equívoco proviene de la denominación legal *infracción de ley*, que sin duda no es correcta, pues en el recurso de casación por *quebranta-*

c) *El recurso de queja*

La interposición o preparación de un recurso ante el órgano *a quo*, no tiene otro sentido que el de permitir a éste conocer inmediatamente la firmeza de la resolución o la pendencia del recurso; y, en menor medida, facilitar el trabajo del órgano funcionalmente superior en el control de los requisitos expresamente previstos por la Ley. Se trata en consecuencia de una actividad totalmente reglada de contenido típicamente procedimental⁷⁹¹.

Para impedir que esa finalidad se trastoque, convirtiéndose en un obstáculo para el acceso al recurso, en manos de quien dictó la resolución que se pretende recurrir, el legislador establece el recurso de queja ante el tribunal *ad quem*. Siendo ésta la única finalidad del recurso de queja, su utilización como medio para denunciar la nulidad debe quedar restringida a la que se produzca en este momento procesal, no siendo cauce adecuado para denunciar otras anteriores⁷⁹².

La nulidad en este trámite puede producirse tanto por la admisión indebida de un recurso, como por la inadmisión del que resulta procedente. Será el órgano *ad quem* el que se pronuncie al respecto bien en el trámite de admisión del recurso, bien en la resolución que estime el recurso de queja. En ambos casos, el contenido de la resolución va a ser puramente revocatorio: en el primero no se admite el recurso declarando firme la senten-

miento de forma, también hay infracción de Ley: en concreto de la Ley procesal.

791. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 132.

792. Cfr. ATS de 6 de mayo de 1991 R.3555.

cia recurrida y en el segundo se admite el mismo, sin necesidad de declarar la nulidad en ninguno de los dos casos.

Más interesante es la función saneadora que puede cumplir el recurso de queja, como corrector necesario⁷⁹³ de un formalismo excesivo que lesione el derecho al recurso. Por medio de él puede obtenerse, en determinados casos, una aplicación de las normas procesales atemperada por criterios de proporcionalidad⁷⁹⁴.

Condiciones de utilización

La comprensión de la nulidad como técnica de protección permite entender la existencia de límites para su aplicación y valoración. No basta con que haya existido una infracción susceptible de provocar la nulidad. Es necesario, para que la valoración y aplicación se lleve a cabo, que se utilicen los cauces oportunos, con las condiciones establecidas. Por lo tanto, todos los requisitos establecidos por las leyes procesales para el acceso a los recursos (la *legitimación*, el *gravamen*, la *impugnabilidad* de la resolución, así como los requisitos de tiempo y de forma, etc.) son de aplicación cuando a través de ellos se pretende hacer valer la nulidad: no tiene la nulidad, como ya se ha dicho, un régimen privilegiado.

La primera condición de utilización del recurso es su propia existencia. El art. 240 de la LOPJ habla de los recursos estable-

793. Necesario pues es el único medio para evitar la firmeza de la resolución, y, en su caso, mantener abierta la vía del recurso de amparo.

794. P. ej. en cuanto a los requisitos de forma de la constitución del depósito, cuando es requisito necesario para recurrir; o el error causado por la propia resolución que se recurre al informar sobre los recursos admisibles, etc. Cfr. STC 175/90 de 12 de noviembre.

cidos y demás medios, lo cual significa que no pueden utilizarse recursos inexistentes⁷⁹⁵ o utilizar con otra finalidad los que tienen una específica⁷⁹⁶.

Pero, además, la propia pretensión de nulidad introduce matizaciones concretas en algunos de esos requisitos generales, o hace necesario, en determinados supuestos, el cumplimiento de algún requisito adicional. Con respecto a las especialidades que se observan cuando la nulidad es el motivo del recurso, podemos destacar las siguientes:

- Legitimación: no sólo la tiene quien fue parte en el proceso, sino también quien ha sido tenido por tal en el mismo⁷⁹⁷.

795. Cfr. STC 54/91 de 11 de marzo relativa a la inexistencia del incidente de nulidad de actuaciones contra sentencia firme. Es unánimemente admitido que la existencia de un recurso para una resolución concreta depende del contenido de esta, independientemente de la forma que haya adoptado. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal penal*, 1972, pág. 278; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal* (ob col cit.) 1988, T.II. pág. 587, y respecto al procedimiento abreviado en el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, A. “Estudio del art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: régimen de recursos contra autos en el procedimiento abreviado para determinados delitos” en *Poder Judicial* (2ª época) núm. 18. Pág. 56 y jurisprudencia allí citada.

796. Así p. ej., como han puesto de manifiesto SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* ob. col. cit. pág. 815 y VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., pág. 159, no existe casación *per saltum* por quebrantamiento de forma. Cfr. STS de 10 de marzo de 1992. R.2164. Tampoco puede interponerse recurso de casación por este motivo frente a sentencias dadas por conformidad Cfr. ATS de 31 de enero de 1990 R.1019. Cfr. ATS de 6 de mayo de 1991 R. 3555 ya cit.; ni contra los autos de sobreseimiento libre ex artículo 848 LECrim., etc.

797. Esta doctrina, si bien es aplicable en general, encuentra su máxima utilidad en lo relativo a la nulidad procesal. Cfr. STC 67/86 de 27 de mayo.

Legitimación que es extensible a aquellos que se ven afectados directamente por la sentencia, aunque no hayan sido expresamente condenados en la misma, siempre que no se trate de efectos meramente reflejos.

Es preciso, además, respecto de las *infracciones de protección relativa*, que la nulidad no haya sido provocada por la parte recurrente ya sea conscientemente, ya como consecuencia de su falta de diligencia⁷⁹⁸.

- Gravamen: No es el mismo en los dos tipos de infracciones que hemos establecido. En las *infracciones de protección absoluta* es gravamen suficiente para recurrir la propia infracción invalidante⁷⁹⁹. En cambio, respecto de las *infracciones de protección relativa* el gravamen lo constituye la indefensión derivada de la infracción. No es suficiente, por lo tanto, la alegación de la infracción, sino que debe alegarse la indefensión sufrida.

- Petición de subsanación: Cuando la pretensión de nulidad se fundamente en una *infracción de protección relativa*, es preciso que el recurrente la haya puesto de manifiesto a través de los medios oportunos en la primera oportunidad que tuvo para

Cfr. al respecto lo que expone RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal*. Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 1991. Pág. 263. Como pone de manifiesto GIMENO GÁMARA, R. “El incidente...” cit., pág. 517 y jurisprudencia allí citada, se trata de una doctrina ya sentada respecto al suprimido incidente de nulidad de actuaciones.

798. Cfr. STS de 4 de junio de 1991 R. 4414.

799. N.b. que, como ya hemos visto, existen infracciones que son defectos puramente formales, en los que el cumplimiento del fin excluye la aplicación de la nulidad. Como ocurre p. ej. en la falta de firma de las resoluciones. Cfr. STS de 1 de junio de 1990 R. 4954.

hacerlo⁸⁰⁰. Las normas hablan de *petición de subsanación*, sin duda porque el término se emplea impropiamente. En algunos casos no es posible pedir la subsanación sino únicamente la nulidad. La finalidad de este requisito —además de evidentes razones de economía procesal⁸⁰¹— es, precisamente, garantizar que se cumple la finalidad protectora del proceso que tiene la nulidad, y evitar que se utilice sorpresivamente, cuando el sentido de la resolución es desfavorable. Está, pues, fundamentado en la propia función de la nulidad y en la buena fe⁸⁰².

Dicha finalidad debe ser tenida en cuenta al exigir el cumplimiento de este requisito. Y, por ello, cuando la Ley no determine una forma específica de llevarlo a cabo, cualquier manifestación de la parte que revele su voluntad de mantener la pretensión debe considerarse suficiente para dar por cumplido este requisito procesal⁸⁰³. La jurisprudencia más reciente aplica en este punto el criterio de la *proporcionalidad* y de la *utilidad*, especialmente en aquellas actuaciones que, por ser orales, no tienen establecido un medio específico. Así, ha entendido el TS que en casos en que la protesta hubiera resultado inútil —p. ej. por la contundente afirmación del Tribunal— su exigencia tendría un fundamento puramente formal que no justificaría la

800. Cfr. arts. 733, 859 y 1715,3° de la LEC; y arts. 795.2 y 884.5° de la LECrim.

801. Cfr. STC 55/91 de 12 de marzo. Vid. tb. STC 47/82 de 12 de julio, cuyo razonamiento, no obstante referirse a la invocación del precepto constitucional infringido como condición para el recurso de amparo, entiendo plenamente aplicable.

802. Cfr. STC 55/91 de 12 de marzo.

803. Cfr. STS de 10 de noviembre de 1988 R. 8989.

privación del recurso, debiéndose tener por cumplido el requisito⁸⁰⁴.

Al citar esta jurisprudencia no queremos dar la impresión — que sería falsa— de que se ha relativizado la exigencia de este requisito: se trata más bien de una nueva manifestación de la visión teleológica que debe imperar en la interpretación de las normas procesales. La infracción debe ponerse de manifiesto en la primera oportunidad: a través de la oportuna protesta o a través del recurso oportuno. La utilización de cauces inadecuados puede provocar la pérdida de la posibilidad de denuncia de las infracciones⁸⁰⁵. Igualmente deberán ser tenidas en cuenta las especialidades que existen en algunos procedimientos para la tramitación de recursos con esta motivación⁸⁰⁶. Lo mismo sucede, entiendo, cuando el recurso se fundamente en la infracción de un precepto constitucional durante la tramitación del procedimiento: la invocación del precepto constitucional vulnerado debe hacerse tan pronto como se tenga oportunidad⁸⁰⁷.

804. Cfr. SSTs de 9 de junio de 1989 R. 5061 y 15 de marzo de 1993. Así venía entendiéndolo la doctrina. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El juicio de cognición. Comentarios al Decreto de 21 de noviembre de 1952*. Ed. Gráficas Ortega. Salamanca, 1974. Págs. 181-182 y VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. Pág. 119.

805. Cfr. STS de 7 de mayo de 1991 R. 3580.

806. P.ej. el trámite genérico previsto para denunciar los quebrantamientos de forma en segunda instancia del art. 859, cuya utilización es necesaria para conservar viva la oposición a la infracción cometida Cfr. STS 7 de mayo de 1991 R. 3580.

807. Cfr. entre otras muchas STC 47/82 de 12 de julio.

4. La apreciación de oficio en la segunda instancia o recurso

Al finalizar este capítulo, parece interesante tratar de delimitar cuáles son las posibilidades de apreciación de oficio, por el Juez o Tribunal que conoce del recurso, de las nulidades producidas durante las actuaciones precedentes.

El órgano jurisdiccional, en cualquier recurso, está limitado por las concretas pretensiones de las partes deducidas en el mismo, estando prohibida, respecto al fondo del asunto, la *reformatio in peius*⁸⁰⁸. Además pueden existir pretensiones inadmisibles en determinados recursos. Limitación esta última que, como hemos visto, no afecta a la nulidad, que es siempre uno de los contenidos posibles. Como pone de manifiesto VERGÉ GRAU⁸⁰⁹ la absorción de la nulidad en los medios de impugnación hace que una vez utilizados tales medios el Tribunal *ad quem* recupere la jurisdicción para apreciar, incluso de oficio, la nulidad.

Por lo que se refiere a las *infracciones de protección relativa* su alegación es siempre necesaria y no está permitido al Tribunal apreciarlas de oficio. Esta afirmación, sin embargo, es aplicable únicamente a aquellos procesos en los que todas las partes estén personadas, pues la relatividad de la protección requiere, como requisito inexcusable, que exista la posibilidad de *consentir* la infracción. En consecuencia, la apreciación de infracciones referentes a los actos de comunicación, cuando la

808. Si excluimos la posibilidad de absolver que siempre existe en el proceso penal. Esta vinculación es tan estrecha que incluso el principio *iura novit curia* debe entenderse excluido de la casación. Cfr. CALAMANDREI, *La casación civil* pág. T.II, pág. 172 y ss. y 251. y SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios a la reforma...* pág. 832.

809. “La incidencia...” cit., pág. 423.

parte a la que afecten no esté personada en el proceso, puede, sin duda, ser apreciada de oficio en cualquier instancia o recurso. Debiéndose aplicar tal criterio no sólo a los actos iniciales, sino también a los posteriores cuando produzcan efectos análogos⁸¹⁰.

Cosa muy distinta sucede con las *infracciones de protección absoluta*, las cuáles, sin excepción, pueden ser valoradas por el órgano del recurso y fundamentar la declaración de nulidad de actuaciones y reposición de las mismas al momento en que se cometió la infracción⁸¹¹. El ejercicio de esta facultad de oficio requiere siempre la audiencia de las partes, tal como prevé el artículo 240 de la LOPJ.

810. El defecto de la citación para la reanudación de un proceso cuya suspensión había sido solicitada por las partes; el defecto de emplazamiento para el recurso, etc., constituyen algunos ejemplos de lo que decimos.

811. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios...* ob. col. cit. Pág. 832. En este sentido cfr. SSTS de 10 de noviembre de 1978 R. 3507 y 27 de mayo de 1980 R.2266.

CAPÍTULO II

LOS LÍMITES DE LA NULIDAD PROCESAL

1. Fundamento legal y justificación de la existencia de límites en la aplicación de la nulidad

Una de las fundamentales consecuencias de cuanto llevamos dicho es que es posible y razonable encontrar unos límites a la valoración y aplicación de la categoría de la nulidad en todo el ordenamiento, pero muy especialmente por lo que respecta al proceso.

La norma que hace posible sostener la existencia de esos límites es el art. 240.1 de la LOPJ, que supedita la posibilidad de impugnación de los actos nulos a la utilización de los recursos establecidos por la Ley para la resolución de que se trate o a los demás medios que establezcan las leyes procesales. El efecto de cosa juzgada se mantiene así como límite a la posible valoración de la nulidad, que únicamente puede traspasarse en aquellos casos que la Ley lo permita. Nada excluye que el legislador pueda ampliar dichos medios o crear alguno *ad hoc*⁸¹², pero sí

812. Aunque, de hecho, el establecimiento de un recurso de nulidad similar al de revisión, que se contemplaba en el proyecto de la LOPJ de 1985 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados,

debe excluirse toda interpretación que pretenda configurar la nulidad como categoría privilegiada y ajena a cualquier limitación⁸¹³.

La existencia de límites por otro lado, no es sólo una opción caprichosa del legislador, sino que es una exigencia de funcionamiento del sistema jurídico globalmente considerado⁸¹⁴ y de la categoría de la nulidad en particular. La nulidad es, hemos dicho, una *técnica de protección* de naturaleza procesal cuyo objeto de protección en nuestra disciplina es *el proceso con todas las garantías*. De su naturaleza procesal se deduce que la valoración en sentido estricto⁸¹⁵ sólo puede llevarse a cabo en

Serie A, número 118-I, de 19 de septiembre de 1985) no pasó al texto de la Ley. Se trataba, sin duda alguna, de una solución mucho más adecuada y razonable que la que se proponía en el proyecto de reforma de la LOPJ de 1994.

813. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F. “Nulidad de actuaciones y la Constitución” en *Rev. La Ley* Año XIII, núm. 3037 de 2 de julio de 1992. Pág. 1. La existencia de límites en cuanto al tiempo para impugnar actos nulos ha planteado dudas al TC, dando lugar a una jurisprudencia titubeante, en la que incluso se ha llegado a cuestionar el concepto de sentencia definitiva. No obstante, por lo que se refiere al plazo de interposición del recurso de amparo establecido en el art. 44.2 de la LOTC, el TC ha considerado que se trata de un plazo de caducidad que no contiene excepción alguna respecto a la nulidad de pleno derecho. Cfr. STC 72/91 de 8 de abril.

814. El TC en su S. 116/88 de 20 de junio, ha puesto de relieve la estrecha relación que existe entre la protección de la *inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental de tutela efectiva del art. 24.1 de la CE*. E igualmente (cfr. STC 185/90 de 15 de noviembre) que es contrario a la seguridad jurídica establecida en el art. 9.3 de la CE admitir la posibilidad de una serie ilimitada de recursos judiciales.

815. No cabe duda de que siempre es posible, en el terreno especulativo, hacer un juicio sobre si una determinada infracción debió provocar la nulidad. Pero ese juicio extraprocesal no tiene consecuencias jurídicas.

un proceso —ya sea como objeto principal del mismo, ya como incidencia— y, en consecuencia, está supeditada a la existencia de un cauce procesal que permita hacerla valer⁸¹⁶.

No se trata de determinar si la firmeza subsana o no las nulidades producidas durante el proceso⁸¹⁷; se trata simplemente de atender a la regulación legal de la categoría y su funcionamiento. Esta es la limitación más importante que los defensores de las tesis *organicistas* se niegan a aceptar⁸¹⁸. Para ellos la

816. Vid. en este sentido, STC 185/90 de 15 de noviembre. Y así mismo la evolución de la doctrina más moderna. Cfr. VERGÉ GRAU, J. “Comentario a las STC 15 de nov. 1990 sobre la constitucionalidad del art. 240 LOPJ” en *Rev. Justicia*, 1991. Núm III. Pág. 625, que acoge, aunque sin abandonar del todo las categorías iusprivatistas, esta naturaleza de la nulidad procesal.

817. Que es la argumentación tradicionalmente empleada —vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El incidente...” cit., pág. 44; vid. tb. por todas STS de 23 de octubre de 1950 R.1684— y que tiene el inconveniente de concebir la subsanabilidad en función de las categorías previamente establecidas y sus características, dejando la ambigua categoría de la *inexistencia* fuera de ese efecto de subsanación.

818. Cfr. CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil* Trad. de Casais Santalo. Ed. Reus. Madrid, 1925. T.II, pág. 112, quien lógicamente sostiene que la subsanabilidad debe analizarse atendiendo a la naturaleza del vicio y no a la falta de posibilidad de impugnación. Vid. tb. entre otros, MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. págs. 175-176 y, aunque con distinta argumentación, PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* cit. 1982, II, pág. 607; FERNÁNDEZ, M.A. *Lecciones de Derecho Procesal* cit. Vol.II, pág. 445; GARNICA MARTÍN, J.F. “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme” en *Rev. Justicia*, 1990, núm.IV, págs. 902 y ss. Vid. igualmente VERGÉ GRAU, J. “La incidencia...” cit. Pág. 419, aunque del resto de ese trabajo se puede extraer una postura más pragmática, en la que lo decisivo es la posibilidad de impugnación (Cfr. p. ej. pág. 427).

nulidad es un vicio del acto, cuyos efectos deben producirse necesariamente mientras el vicio esté presente. Sin embargo, el mantenimiento de este dogma, no sólo es atentatorio contra la necesaria seguridad jurídica, sino que es sencillamente impensable. El funcionamiento del sistema jurídico exige que la validez de las resoluciones judiciales no esté perpetuamente sometida a discusión: la cosa juzgada es un pilar básico de nuestro ordenamiento, sin el cual no es posible llevar a cabo la función jurisdiccional⁸¹⁹.

No debemos perder de vista que la nulidad por su objeto de protección, se sitúa en un plano previo al de la injusticia. En ella la injusticia es una mera posibilidad. Y, sin embargo, en determinados supuestos en que la injusticia se ha producido, el legislador no duda en mantener las situaciones derivadas de la actuación injusta, primando el principio de seguridad. Así sucede p. ej. en el supuesto de declaración de inconstitucionalidad de una Ley, que no permite la revisión de los procesos ya finalizados mediante sentencia en los que se haya aplicado la ley inconstitucional, salvo el caso de los procesos penales o sanciones administrativas judicialmente confirmadas⁸²⁰. Lo mismo cabe decir respecto de los errores judiciales que, si bien permiten la exigencia de responsabilidad civil, dejan inalterada la resolución firme recaída en el proceso⁸²¹. Incluso, en los excepcionales supuestos en que el legislador permite la revisión de sentencias firmes, establece un plazo para poder intentarlo, transcurrido el cual la sentencia deviene inatacable. Siendo esto

819. Cfr. STC 158/87 de 20 de octubre y 185/90 de 15 de noviembre. En este sentido MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* cit. pág. 259 y VERGÉ GRAU, J. “Comentario...” cit., loc. cit.

820. Cfr. art. 40.1 de la LOTC.

821. Cfr. art. 413.2 LOPJ.

así, no existe razón alguna para privilegiar la nulidad frente a la injusticia⁸²².

En consecuencia, al hablar de los límites de la categoría de la nulidad, estamos hablando de los límites del sistema jurídico. Pueden establecerse mecanismos de protección, como lo es la nulidad misma, pero no puede idealizarse de tal manera que se pretenda sustraerlo a la limitación que, como todo lo humano, tiene.

El ordenamiento procesal penal constituye una excepción en este punto. En él no se establece plazo alguno para la revisión de las sentencias, que puede hacerse incluso después de la muerte del reo. La razón de ello es doble. En primer lugar la primacía de los bienes que están en juego: la libertad, el honor, etc., frente a los cuales nunca podrán esgrimirse razones proporcionadas de seguridad jurídica; en segundo lugar porque únicamente en el ordenamiento procesal penal puede establecerse con eficacia *real* la posibilidad ilimitada de valoración de la nulidad. Del proceso penal *stricto sensu*⁸²³ no surge otro derecho que el de imponer una pena por el Estado. Derecho cuyo ejercicio se agota en el propio cumplimiento de la condena o su condonación. La reparación, aunque no perfecta, es siempre posible mientras el reo está vivo. No obstante, debemos adelantar que las nulidades procesales están prácticamente excluidas del *recurso* de revisión penal, lo cual no deja de ser significativo.

822. Así lo ha hecho notar la doctrina en múltiples ocasiones. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* pág. 31.

823. Esto es, al margen de las acciones civiles que pueden ejercitarse acumuladamente.

2. La denuncia de la nulidad después de sentencia firme

Como hemos dicho, aun siendo la cosa juzgada un límite para la valoración y aplicación de la nulidad, existen supuestos en que el ordenamiento permite atacar la sentencia firme, que podrían ser utilizados como medios para hacer valer la nulidad. Se trata de cauces procesales de naturaleza heterogénea cuya utilidad para denunciar la nulidad debe ser cuidadosamente analizada.

La audiencia al condenado en rebeldía como auténtico recurso de nulidad

La audiencia al demandado rebelde prevista en los arts. 773 y ss. de la LEC constituye un auténtico proceso de nulidad dirigido a proteger el principio de contradicción y a impedir el supuesto más radical de indefensión: el del demandado que sin ser oído ni poder defenderse, ha sido condenado⁸²⁴.

En los supuestos de rebeldía involuntaria, prevé el legislador la posibilidad de iniciar un proceso cuya finalidad es obtener la rescisión —más bien habría que decir la nulidad— de la sentencia firme que haya puesto término al pleito⁸²⁵. La regulación de este singular proceso se establece sobre los siguientes presupuestos:

a) Los emplazamientos o citaciones se han realizado conforme a la Ley, pues en ningún precepto se contempla como

824. Cuya raigambre histórica en nuestro ordenamiento ha puesto de relieve VERGÉ GRAU, J. “La incidencia...” cit. pág. 429-430.

825. Cfr. art. 773 de la LEC.

motivo de la audiencia la infracción de las normas que rigen los actos de comunicación⁸²⁶.

b) La situación de rebeldía del demandado no le es imputable por no ser voluntaria ni resultado de una actitud negligente. La concreción de esta involuntariedad o diligencia se establece por exclusión, determinando los supuestos que no permiten solicitar la audiencia: quienes hayan sido emplazados personalmente, salvo que hayan estado impedidos de comparecer en el juicio por causa de fuerza mayor ininterrumpida⁸²⁷; aquellos que hayan sido emplazados por cédula entregada a sus parientes, familiares o vecinos, salvo que acrediten que una causa no imputable a ellos mismos ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada⁸²⁸; y, por último los que siendo emplazados por edictos no puedan acreditar haber estado ausentes del lugar de celebración del juicio desde el emplazamiento hasta la publicación de la sentencia, o del de la última residencia en el momento de publicarse los edictos⁸²⁹. Los plazos para solicitar la audiencia son distintos en cada uno de los tres supuestos⁸³⁰.

826. Cfr. STC 81/55 de 4 de julio. El que la audiencia al demandado rebelde tenga como sustrato básico el respeto a las normas que rigen los actos de comunicación no es incoherente, ya que nuestra rebeldía no se basa en el conocimiento efectivo sino en la mayor o menor posibilidad de conocimiento del emplazamiento. Cfr. PRIETO CASTRO, L. *Tratado...* 1985, T.II, pág. 337.

827. art. 774 de la LEC.

828. Cfr. art. 776 de la LEC.

829. Cfr. art. 777 de la LEC.

830. Cuatro meses desde la publicación de la sentencia, para el primero (cfr. art. 775 LEC); ocho meses para el segundo (cfr. art. 776 LEC); y un año para el tercer supuesto (cfr. art. 777 LEC).

c) No hay posibilidad de iniciar un proceso declarativo posterior sobre lo mismo⁸³¹. Es decir, debe tratarse de sentencias con autoridad de cosa juzgada material⁸³².

La audiencia está configurada como un proceso especial⁸³³ contra sentencias firmes, dictadas en rebeldía involuntaria del demandado que ha sido emplazado en legal forma: en todos esos supuestos, si se solicita la audiencia dentro del plazo y se justifican los extremos que determinan la rebeldía involuntaria, se *rescinde* la sentencia, y, posteriormente se oye al demandado en lo que puede definirse como una *reiteración del procedimiento con abreviación de los plazos*.

Sin embargo, en la regulación de esta audiencia y, en general, del la tramitación del proceso en rebeldía del demandado, se aprecian algunas graves incoherencias⁸³⁴.

El legislador, sin que quepa explicar por qué, otorga una protección mayor a la rebeldía involuntaria que se prolonga hasta la conclusión del proceso por sentencia firme, que a

831. Cfr. art. 789 de la LEC.

832. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. pág. 160.

833. Aunque el legislador lo denomina *incidente* (cfr. arts. 778, 779.I, 781, 782 y 786 de la LEC) con gran impropiedad, pues ninguna actuación puede considerarse incidente de un proceso finalizado por sentencia firme.

834. Como ha puesto de manifiesto VERGÉ GRAU, J. *La rebeldía en el proceso civil*. Ed. L.Bosch. Barcelona, 1989, *passim*. En ese trabajo aboga por potenciar la notificación personal, flexibilizando y dando mayor cauce a la purga de la rebeldía y a la *restitutio in integrum*, adaptando a la Constitución los motivos que permiten el recurso de audiencia al rebelde en cumplimiento de la abundante doctrina constitucional que hay al respecto. Cfr. p. ej. STC 9/81 de 31 de marzo, STC 36/87 de 25 de marzo y STC 173/87 de 3 de noviembre.

aquella que desaparece con anterioridad⁸³⁵. El demandado cuya rebeldía involuntaria desaparece antes de finalizar el proceso por sentencia firme, tiene un tratamiento más gravoso, ya que en ningún caso podrá conseguir la retroacción del procedimiento, salvo en lo que se refiere a la fase probatoria⁸³⁶. Si lo que se protege es el principio de contradicción y el derecho de defensa, ante supuestos idénticos deben preverse consecuencias idénticas. Por lo tanto, si la imposibilidad de comparecer en juicio procede, p. ej., de una fuerza mayor insuperable y ello se considera suficiente para otorgar la audiencia al demandado que ha permanecido en rebeldía hasta la conclusión del proceso por sentencia firme⁸³⁷, el mismo tratamiento debería tener el demandado que, estando en el mismo supuesto, comparezca antes de ese momento. Pero la Ley sólo le permite solicitar el recibimiento a prueba⁸³⁸ y el levantamiento de las medidas cautelares acordadas⁸³⁹. Tales disposiciones, por constituir una flagrante violación del principio de igualdad entiendo que son inconstitucionales y deben ser modificadas⁸⁴⁰.

Es igualmente incoherente, aisladamente considerada, la prohibición del art. 771 de solicitar la audiencia a aquellos que han recibido notificación personal de la sentencia. Dicha prohibición debe interpretarse en concordancia con el emplazamiento personal del demandado, pues no sería lógico que quien es citado por edictos por tener domicilio desconocido sea notificado en su persona de la sentencia definitiva. Tal actuación

835. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La rebeldía...* cit., pág. 101.

836. Cfr. arts. 776 y 777 de la LEC.

837. Cfr. art. 774 de la LEC.

838. Cfr. art. 767 de la LEC.

839. Cfr. art. 768 de la LEC.

840. Cfr. en este sentido BORRADO INIESTA, I. "La nulidad...cit. Pág. 91.

fraudulenta, viene siendo admitida por el Tribunal Supremo como causa de revisión, pero lo cierto es que su cauce natural sería precisamente esta solicitud de audiencia al rebelde.

Las postura de VERGÉ GRAU⁸⁴¹, a la que aludíamos más arriba, respecto a la subsistencia del incidente de nulidad de actuaciones para los supuestos de rebeldía involuntaria, aparece aquí plenamente justificada. Pues en todos estos casos, en los que la rebeldía involuntaria desaparece antes de la conclusión del proceso por sentencia firme, el principio de defensa aparece conculcado sin que exista un mecanismo idóneo para su reparación, pues es precisamente la regulación legal la que excluye la aplicación de la nulidad, estableciendo la continuación del procedimiento.

VERGÉ GRAU extiende la pervivencia del incidente de nulidad de actuaciones a los supuestos de emplazamiento o citación incorrecta. En su opinión lo dispuesto en dicha norma supone que, tan pronto como el incorrectamente emplazado comparece en el juicio, quedarían consentidas las infracciones cometidas (salvo que suscite el incidente de nulidad). Pienso, sin embargo, que tales supuestos quedan protegidos por la nulidad del art. 279 de la LEC. Como hemos visto, lo que la norma dice es que las notificaciones surtirán efecto desde el momento en que comparece. Lo cual significa que no han precluido las posibilidades de actuación que, como consecuencia de la resolución que no se notificó, surgieron para la parte. Ello determinará, en muchos casos, una retroacción del procedimiento⁸⁴².

841. Cfr. *La nulidad...* cit. págs. 228-229. Aunque él incluye aquí los supuestos de infracción de las normas que rigen los actos de comunicación que nosotros consideramos excluidos.

842. En concreto en todos aquellos en que la comparecencia de la parte se produzca tras haberse dado por contestada la demanda. El modo de hacer

Tras la sentencia firme, la nulidad establecida en el art. 279 ya no puede operar, pues no hay cauce procesal para ello. En consecuencia, dentro de los motivos que dan lugar a la audiencia deben incluirse —so pena de incurrir en contradicción— todos aquellos supuestos en los que el demandado ha sido situado en rebeldía por la infracción de las normas relativas a las notificaciones. Así, el que consta en los autos como emplazado personalmente, pero que en realidad no lo fue, o el incapaz demandado en su persona (supuesto plenamente incluíble en el de fuerza mayor previsto por la Ley), deben poder solicitar la audiencia dentro de los plazos establecidos. Dicha inclusión es plenamente conforme con la doctrina del TC que establece que es *preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales*⁸⁴³.

La regulación, como se ve, es incorrecta y su integración recurriendo a los principios procesales constitucionales no es, desde luego, una solución definitiva. Tratándose de un supuesto tan claramente contrario al derecho a un proceso debido no cabe duda de que los medios de denuncia deberían ser proporcionados. Si hay algún supuesto en el que esté justificado un

valer esta nulidad no sería otro que el recurso que proceda contra la primera resolución que haya recaído tras el acto de comunicación incorrecto. Cfr. *supra*, págs. 556.

843. STC 185/90 de 15 de noviembre y las allí cit. Vid. al respecto el comentario de SAINZ DE ROBLES, F. “De nuevo sobre la nulidad de los actos procesales” en *Rev. Tapia* Año XII, Núm. 67. Diciembre de 1992. Págs. 9-12., a la STC 130/92 de 28 de setiembre sobre un desahucio en rebeldía por defecto de los actos de comunicación. Vid. tb. SSTC 195/90 de 29 de noviembre y 196/89 sobre la subsidiariedad *in extremis* de las notificaciones edictales.

tratamiento excepcional es éste. En este sentido deben tomarse en consideración las propuestas de tratamiento de VERGÉ GRAU⁸⁴⁴ que abarcan dos aspectos: el preventivo, que requeriría una modificación de la regulación actual de los actos de comunicación que potencie la citación personal; y el *terapéutico* en el que, entre otras cosas, propone la utilización del recurso de apelación dotado de los mecanismos adecuados para este fin, como pueden ser la remisión de los plazos en estos supuestos⁸⁴⁵ o la ampliación de las posibilidades de alegación y prueba; así como una aplicación extensiva del proceso de audiencia en rebeldía para los supuestos de instancia única o para los que tengan lugar en casación, y la modificación de los plazos de interposición.

La autonomía del recurso de revisión respecto de la nulidad

Es comúnmente aceptado por la doctrina que con el nombre de *recurso* de revisión regula la Ley un proceso impugnativo autónomo tendente a la rescisión o anulación de un proceso anterior concluido por sentencia firme⁸⁴⁶. El proceso de revi-

844. “La incidencia...” cit. págs. 429 y ss.

845. Existente bajo formas diversas en ordenamientos de nuestro entorno como el Italiano o el Francés. Cfr. VERGÉ GRAU, J. “La incidencia...” cit. págs. 438-441. Y cuya vigencia en el nuestro, según el citado autor, podría encontrar apoyo en el Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965, ratificado por España en 1987 (R. 1963).

846. Cfr. CALVO SÁNCHEZ, M.C. *La revisión civil*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1977. Págs. 61 y ss, quien ha propugnado también (Ib. pág. 176) la extensión de la revisión a otro tipo de resoluciones, como medio de paliar una eventual inobservancia respecto a la forma de las resoluciones judiciales; Vid. tb. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso civil*. Ed. Forum. Oviedo, 1992. Pág. 539; MORENO CATENA, V. *Derecho procesal*. (Ob col cit), 1992.

sión es el instrumento, por excelencia, destinado a la rescisión de procesos concluidos por sentencia firme. Forzoso es, por ello, hacer referencia a él en este capítulo en el que se está analizando la posibilidad de denunciar la nulidad en ese tipo de procesos.

La doctrina⁸⁴⁷ ha considerado que es este uno de esos otros *medios establecidos por las leyes procesales* para denunciar la nulidad, a los que hace referencia el art. 240.1 de la LOPJ, aunque no faltan voces discrepantes que niegan esta posibilidad⁸⁴⁸.

Así CORTÉS DOMÍNGUEZ⁸⁴⁹ considera que *un medio de impugnación contra sentencias firmes es claramente un medio de rescisión; no de anulación. La anulación no es posible sino por los medios normales de impugnación que cabe ejercitarlos en los términos y plazos marcados por la Ley, pasados los cuales la sentencia deviene firme*. Por su parte, MONTERO AROCA⁸⁵⁰ aduce diversas razones en contra de la posibilidad de denunciar la nulidad a través de la revisión: en primer lugar que el fun-

T.II, págs. 685 y ss. Sobre la justificación constitucional de esta posibilidad puede verse la STC 15/86 de 31 de enero, en la que dicho tribunal utiliza el concepto de *firmeza potencialmente debilitada* para referirse a las sentencias rescindibles por esta vía.

847. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios...* cit. pág. 463, quien considera que *no existe ningún precepto en nuestra Ley de enjuiciamiento civil que impida tal solución* y MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad...* Cit. pág. 260. En el mismo sentido ya antes se pronunciaba MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad...* cit. pág. 91.

848. Cfr. MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional* ob. col. cit. T.II, vol.I. pág. 454. MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal* ob. col. cit., 1992. T.II, pág. 686.

849. Cfr. *derecho procesal*, ob. col. cit. T.II, pág. 700.

850. *Derecho jurisdiccional* ob. col. cit. T.II, vol. I, pág. 454.

damento de la revisión es la injusticia⁸⁵¹; en segundo lugar que los vicios que provocan la nulidad quedan sanados por la firmeza de la sentencia⁸⁵²; y, por último, que los vicios que pueden denunciarse por este medio no son los intrínsecos o inmanentes del proceso al que la revisión se refiere, sino que se trata de vicios que están fuera de los autos, que trascienden al proceso⁸⁵³.

Para poder establecer con claridad la relación existente entre la nulidad y el proceso de revisión es preciso distinguir la peculiar naturaleza y fundamentación de este recurso de la utili-

851. Sobre la injusticia como fundamento de la revisión, vid. igualmente MORENO CATENA, V. *Derecho procesal* ob. col cit., 1992. T.II, pág. 686.

852. Aun a riesgo de insistir, es interesante observar la diferente argumentación entre los dos autores respecto a la influencia de la firmeza de la sentencia. MORENO CATENA, alude a la ausencia de medios de impugnación; MONTERO AROCA alude a la sanación: el primero utiliza un dato normativo, mientras que el segundo utiliza las categorías del derecho privado. De ahí la trascendencia de configurar la nulidad como una categoría de creación jurídico positiva.

853. La doctrina y la jurisprudencia (Vid. al respecto CALVO SÁNCHEZ, C. *La revisión...* cit. Págs. 72-74 y DOVAL DE MATEO, J. *La revisión...* cit. Pág. 42.) vienen entendiendo que la revisión tiene como motivo hechos *ajenos* al proceso mismo, pero entre los motivos de revisión figuran algunos que difícilmente pueden considerarse tales, como el falso testimonio (que ha ocurrido en el proceso). Tampoco puede decirse de los supuestos de citación defectuosa sean ajenos al proceso, y sin embargo es este uno de los supuestos que viene siendo admitido por la jurisprudencia como motivo de revisión (vid. el estudio jurisprudencial de DOVAL DE MATEO, J. *La revisión...* cit. Págs. 241 y ss). Parece, en consecuencia más correcto sustituir la característica de la ajenidad por la de la *novedad*. Cfr. CALVO SÁNCHEZ, C. *La revisión...* cit. pág. 72.

dad práctica que puede tener como medio para hacer valer determinadas nulidades. Porque, si bien es cierto que el recurso de revisión no es un recurso de nulidad, también lo es que algunos de sus motivos pueden permitir la denuncia de determinadas nulidades procesales. Un breve examen del ordenamiento permite confirmar esta última afirmación.

Por lo que respecta al ordenamiento procesal civil, es a través del motivo genérico establecido en el núm. 4º del art. 1796 de la LEC como pueden llegar a este recurso algunos supuestos de nulidad. Dicho motivo se refiere al supuesto de que la sentencia haya sido ganada injustamente en virtud de violencia, cohecho o alguna *maquinación fraudulenta*. Dentro de *la violencia*, como motivo de revisión, puede incluirse tanto la sufrida por las partes como por el juez, cuando este último no haya hecho uso de la facultad que le otorga el art. 239 de la LOPJ. Y el término *maquinación fraudulenta*, debido a su relativa indeterminación, permite incluir tanto supuestos de fraude procesal o simulación de proceso, como una gama muy amplia de actuaciones que pueden ser valoradas como infracciones procesales invalidantes, entre las que cabe destacar todas aquellas que hayan conseguido situar al demandado en rebeldía involuntaria de modo absoluto⁸⁵⁴.

854. La más frecuentemente admitida por la jurisprudencia es la de la ocultación del domicilio del demandado que le haya impedido tomar conocimiento del proceso, provocando su indefensión. Cfr. CALVO SÁNCHEZ, C. *La revisión civil* cit. pág. 111 y ss; DOVAL DE MATEO, J. *La revisión civil* cit. pág. 148 y VERGÉ GRAU, J. *La rebeldía en el proceso civil* ed. L. Bosch. Barcelona, 1989. Pág. 14. No obstante no pueden excluirse otros supuestos como el de la falsedad de la representación o de la identidad del confesante, siempre que tales actos hayan tenido relevancia en el contenido de la resolución.

El tratamiento de la revisión en el ordenamiento procesal penal es sensiblemente diferente y dificulta más la incardinación de nulidades procesales. El grueso de los motivos tienen como fundamento el que se establece en el núm. 4º del art. 954 de la LECrim, es decir, *cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que evidencie la inocencia del condenado*⁸⁵⁵. Tanto el 1º como el 2º de los motivos de revisión son incluibles en él.

Por lo que se refiere al motivo primero⁸⁵⁶, puede provocar la impresión de que regula la infracción de la cosa juzgada como motivo de revisión. Pero tal impresión se desvanece rápidamente al considerar que no se trata de una posibilidad genérica, sino que excluye, p. ej., todos los supuestos en los que la sentencia firme con la que se trate de fundamentar el *recurso* de revisión tenga un contenido absolutorio⁸⁵⁷. Y, más claramente aún, porque difícilmente puede hablarse de contradicción entre sentencias cuando los condenados son distintos, tratándose más

855. Supuesto en el que en ningún caso cabe incluir infracciones invalidantes. Vid. STS 30 de enero de 1990, ya cit.

856. Que establece como motivo de revisión *que estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola*.

857. Cfr. MORENO CATENA, V. *Derecho procesal* ob. col. cit., T.II, pág. 686. Por otro lado, si lo que se protegiera fuera el efecto de cosa juzgada, la estimación del motivo dejaría subsistente la sentencia dictada con anterioridad. Sin embargo, nuestra LECrim dispone en su art. 958 que se anularán las dos sentencias, mandando instruir de nuevo la causa a quien corresponda.

bien, como ha puesto de manifiesto CORTÉS DOMÍNGUEZ⁸⁵⁸ de sentencias imposibles o excluyentes⁸⁵⁹.

Únicamente el motivo 3º incluye algunos de los motivos de revisión de la LEC, pero no contempla el supuesto de *maquinaciones fraudulentas*, ni con ese término ni con otro de contenido equivalente. Los supuestos se reducen a cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, haciendo mención expresa del supuesto de confesión del reo arrancada por violencia o exacción.

En consecuencia, aunque limitados, existen algunos supuestos de nulidad que caben dentro del recurso de revisión; y algunos de ellos difícilmente pueden considerarse ajenos al proceso. Sin embargo, no puede considerarse este dato como definitivo para considerar el proceso de revisión como uno de los medios previstos en el ordenamiento para denunciar la nulidad. Y, en este sentido, me parece definitiva la primera de las razones apuntadas por MONTERO AROCA: el peculiar fundamento del recurso de revisión, que es la injusticia.

Ya hace tiempo, CALVO SÁNCHEZ, aludía a la naturaleza de este mal denominado recurso, haciendo ver que se trataba de una acción impugnativa autónoma. Y es precisamente esto lo que me lleva a sostener que, si bien entre los motivos de revisión pueden incardinarse infracciones procesales invalidantes,

858. Cfr. *La cosa juzgada penal*. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975. Pág. 114.

859. No obstante el TS en S. de 7 de mayo de 1981 R. 2130, ha admitido la interposición de un recurso de revisión penal basado en haberse dictado dos sentencias sobre los mismos hechos, supuesto que sí sería catalogable como de nulidad, considerando, en esa misma sentencia, que a través del recurso de revisión se estaba ejercitando en este caso un auténtico recurso de nulidad de actuaciones. Vid. tb. STS 19 de mayo de 1987 R. 3088.

no es por su nulidad, sino precisamente por ser motivos de revisión. Es decir, la nulidad en el recurso de revisión queda absorbida por la injusticia⁸⁶⁰ que es determinante en la concreción de los motivos⁸⁶¹.

Los bienes protegidos por los motivos de revisión y por la nulidad son esencialmente distintos. La nulidad protege el proceso de una manera *aséptica*, sin tomar en consideración la influencia *efectiva* que las infracciones tengan en la actividad de enjuiciamiento. En unos casos porque esa influencia no existe⁸⁶² y en otros porque basta con que exista la *posibilidad* de que influyan o hayan influido, sin que sea necesario demostrar, como ocurre en la revisión, que entre la infracción y los pronunciamientos hay un nexo de causalidad⁸⁶³.

Por ello, aunque existan supuestos de nulidad que pueden ser incardinados dentro de los motivos de revisión, siempre es posible advertir en ellos elementos ajenos a la categoría, como

860. Cfr. CARNELUTTI, F. *Instituciones...* cit., pág. 322.

861. En este sentido entiendo que también se pronuncia VERGÉ GRAU, J. “Comentario a la STC...” cit. pág. 626, cuando dice, refiriéndose a los motivos del *recurso* de revisión, que entre ellos *no parece encajar una nulidad*.

862. P. ej. todas las relativas a la determinación de la competencia, o, en general todas aquellas que hemos denominado de protección absoluta, algunas de las cuales son relativas a la forma.

863. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA *Derecho Procesal Civil*. cit., pág. 558; VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit. Pág. 161; CALVO SÁNCHEZ *La revisión...* págs. 71-72. Así entendemos que debe interpretarse la doctrina de la relevancia en el proceso de las infracciones invalidantes. Cfr MAURINO, A.L. *Nulidades...* cit. págs. 46 y ss.; En sentido similar con referencia a los vicios *in procedendo* cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...* ob. col. cit. pág. 832. Cfr.tb. STC 39/88 de 9 de marzo.

el dolo, o la relación directa entre la infracción y el sentido favorable de la sentencia⁸⁶⁴.

La denuncia de la nulidad a través de un declarativo posterior

Aceptar, con carácter general, la iniciación de un proceso declarativo, como medio para hacer valer la nulidad de un proceso anterior, constituye una infracción del efecto de cosa juzgada de que gozan las sentencias firmes. Tal mecanismo procesal no está previsto en nuestro ordenamiento, y el que la jurisprudencia y la doctrina se hayan planteado la posibilidad de su utilización no es más que una de las consecuencias de la aceptación de los dogmas clásicos de ineficacia.

Considerada la nulidad como categoría de efectos automáticos y como modo de ser del acto, nada más lógico que dotarla de una condición privilegiada, que puede llegar incluso —como en este caso— a conculcar gravemente la seguridad jurídica.

Desde el punto de vista que vengo manteniendo a lo largo de este trabajo, la existencia misma de la nulidad como categoría operativa está supeditada a la existencia de cauces para alegarla y a la utilización adecuada de los mismos. En consecuencia, no parece correcto —porque carece de apoyo normativo— admitir una vía procesal inexistente.

Dentro de la imprevisible diversidad de supuestos que pueden plantearse, puede haber algunos en los que el mantenimiento de esta limitación sea enojoso, por la evidente situación de injusticia que se trataba de remediar. Este es el motivo que ha llevado al TS a mantener la posibilidad de utilizar esta vía

864. Cfr. VERGÉ GRAU, J. *La nulidad...* cit., pág. 161.

por el *tercero que se vea directamente envuelto en una ejecución indebida, ya sea por actos nulos ya por actos inicuos*⁸⁶⁵. Es indudable que existen deficiencias en nuestro ordenamiento procesal, —la ejecución y los medios de impugnación previstos en esta fase del proceso son muestra de ello— que incitan a aprobar este tipo de soluciones. Pero, por graves que sean esas carencias, pienso que no existen supuestos que no puedan solucionarse sin acudir a cauces procesales no previstos.

Con carácter general tal posibilidad debe rechazarse, pero hay que analizar qué sucede en aquellos supuestos particulares en los que el legislador prevé la posibilidad de que una vez concluido un proceso por sentencia firme, se inicie otro posterior con el mismo objeto. Tal sucede respecto de los procedimientos interdictales y los *juicios ejecutivos*⁸⁶⁶.

El fundamento de esta posibilidad reside en la limitación de las posibilidades alegatorias y probatorias presente en los mencionados procedimientos y puede entenderse como el *mecanismo de compensación* de dichas limitaciones. Podría incluso decirse que, en gran parte, dichas limitaciones son justificables por la posibilidad de iniciar un proceso posterior⁸⁶⁷.

865. Cfr. SSTS 14 de noviembre de 1990 R.A. 8711 y 3 de junio de 1991 R.A. 4409.

866. E igualmente en el denominado *juicio de alimentos provisionales* de la LEC.

867. Una corriente jurisprudencial que va consolidándose limita la posibilidad de nuevo conocimiento a aquellas cuestiones que no pudieron ser alegadas o probadas en el proceso anterior, configurando una especie de *cosa juzgada material “selectiva”* que, desde luego, no tiene fundamento legal y es contraria a la naturaleza de las acciones que se ejercitan en dichos procedimientos. Cfr. al respecto TOMEI, G. “Cossa giudicata o preclusione nei processi somari ed esecutivi” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1994, núm. 3, págs. 870 y ss.

La mencionada posibilidad está encaminada a un nuevo conocimiento del fondo del asunto. Y no parece que, en principio, deba hacerse extensiva a las nulidades que puedan estar presentes en el proceso concluido. No obstante, el legislador, quizá pensando en esa ulterior posibilidad alegatoria, ha regulado muy deficientemente los mecanismos de impugnación, especialmente por lo que se refiere a los denominados *juicios ejecutivos*, y, por ello, es forzoso admitir como uno de los objetos posibles del declarativo posterior, la denuncia de las nulidades que en ellos puedan haberse producido. De lo contrario, quedarían sin adecuada protección las infracciones invalidantes⁸⁶⁸.

En este sentido, *lege ferenda*, sería preciso distinguir por lo que respecta a medios de impugnación, entre el plano sustancial y el plano procesal. Para compensar las limitaciones alegatorias y probatorias, puede entenderse como suficiente y adecuado el establecimiento de la posibilidad de iniciar un declarativo posterior. Pero eso no debe llevar a eliminar la posibilidad de impugnar resoluciones que infrinjan las normas procesales y provoquen indefensión. En este sentido, el TC viene admitiendo que, para la denuncia de ese tipo de infracciones a través del recurso de amparo no es necesario hacer uso de la posibilidad de iniciar un proceso declarativo posterior⁸⁶⁹.

868. Así viene admitiéndolo la jurisprudencia cfr. SSTs de 18 de noviembre de 1960 R. 3327 y 16 de abril de 1973 R. 1793 y 27 de diciembre de 1985 R. 6650. Vid. tb., aunque incidentalmente, STC 6/92 de 16 de enero.

869. Cfr. entre otras muchas STC 189/93 de 14 de junio de 1993.

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

Son tantas las resoluciones del TC que han abordado el tema de la nulidad procesal que resulta superfluo tratar de demostrar que constituye uno de los mecanismos útiles para la denuncia de infracciones invalidantes en el proceso. Como ha puesto de relieve GIMENO SENDRA, si bien el TC no puede ser configurado como una tercera instancia o *supercasación* de las resoluciones de los tribunales ordinarios, en la medida en que el TC puede anular sus resoluciones, actúa como *tribunal de casación* y el recurso de amparo se convierte en una *casación especial*⁸⁷⁰.

Sin embargo, considero necesario hacer algunas consideraciones al respecto. Y, en primer lugar, abordar el problema de la adecuada localización de la nulidad procesal en el ordenamiento constitucional, pues si el TC puede valorar y aplicar la categoría de la nulidad es solamente por su conexión con determinados derechos fundamentales. Las nulidades procesales llegan al TC por la vía del art. 44 de su Ley Orgánica que dispone que podrá recurrirse en amparo frente a actos u omisiones de los órganos jurisdiccionales que supongan una violación de los derechos fundamentales o libertades públicas especialmente protegidos por la CE⁸⁷¹.

Es preciso recordar que no todas las violaciones de derechos fundamentales provocadas durante el proceso, ni siquiera todo

870. Cfr. GIMENO SENDRA, V. *El recurso de amparo* (Con CASCAJO MENDO, J.L.) Ed. Tecnos. Madrid, 1984. Págs. 88-89. En el mismo sentido SAINZ DE ROBLES, F.C. “De nuevo sobre la nulidad de actos procesales” en *Rev. Tapia* Diciembre de 1992, pág. 9.

871. En concreto se trata de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE y la objeción de conciencia reconocida en el art. 30. Cfr. art. 41 de la LOTC.

el contenido del art. 24 de la CE, están protegidas por la nulidad. Así p. ej. la presunción de inocencia, la insuficiente motivación⁸⁷², son infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva que no están protegidas por la nulidad. El otorgamiento del amparo en todos estos casos produce efectos similares a los de la nulidad, pero ello es debido al contenido limitado de las sentencias de amparo constitucional, que impide que el TC pueda entrar a valorar el contenido de las resoluciones de los órganos de la jurisdicción ordinaria en lo que no se refiera a la violación de los derechos fundamentales⁸⁷³. El motivo de que queden fuera de la protección de la nulidad no es otro, a mi entender, que lo ya dicho sobre la protección exclusivamente tendencial del fin del proceso: las mencionadas infracciones se producen en la actividad de enjuiciamiento, cuya corrección o incorrección no es objeto de protección de la nulidad.

Por otro lado, hemos dejado establecido que el objeto de protección de la nulidad es el *proceso con todas las garantías*, pero también hemos puesto de manifiesto que el legislador es libre de establecer infracciones invalidantes en las que tal objeto de protección no esté presente o al menos no lo esté de modo inmediato. Por ello, no todas las infracciones invalidantes son susceptibles de ser valoradas como violaciones del derecho a la tutela judicial efectiva o, más en concreto, del derecho a un proceso con todas las garantías que es parte integrante del mismo, sino que algunas de ellas, en concreto las que hemos denominado *de protección absoluta*, difícilmente pueden

872. Sustancialmente distinta de la *ausencia* de motivación, que sí estaría protegida por la nulidad. A ellas habría que añadir la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en la que la aplicación de la categoría de la nulidad carece de sentido y puede provocar efectos contrarios a los pretendidos, como ya se dijo.

873. Cfr. arts. 44.b y 54 de la LOTC.

considerarse desde esta perspectiva. En tales supuestos una eventual infracción invalidante dejaría de tener relevancia constitucional y, en consecuencia, no podría ser apreciada por el TC⁸⁷⁴.

La distinción que el TC realiza entre la legalidad ordinaria y la constitucional tiene aquí la máxima utilidad. Todas las infracciones que hemos considerado como *de protección relativa*, es decir, las que incluyen como elemento determinante de la nulidad la producción de indefensión, pueden ser valoradas por el TC. Pero aquellas otras que la ley determina expresamente sin referencia a la indefensión —es decir, las *infracciones de protección absoluta*—, sólo serán valorables en la medida en que la provoquen indefensión, o afecten a algún otro derecho fundamental, como el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley⁸⁷⁵.

874. Cfr. al respecto VERGÉ GRAU, J. “La incidencia...” cit. págs. 452 y ss, quien acuña el expresivo término de *nulidades de rango constitucional* para referirse a las que pueden ser apreciadas por el TC, entre las que incluye las infracciones del derecho de asistencia y defensa, al libre acceso, a los recursos, a un juez imparcial, a la motivación de las sentencias etc.

875. Como sucede, según la doctrina del TC, en el supuesto de la recusación indebidamente rechazada. De modo paradigmático puede verse esta distinción en la STC 75/93 de 1 de marzo, en la que se dice que *el cómputo de los plazos procesales es cuestión de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los órganos jurisdiccionales en ejercicio de la exclusiva potestad jurisdiccional que les confiere el art. 117.3 de la Constitución y en el cual no debe interferir este Tribunal, a no ser que en el cómputo que conduce a la inadmisibilidad del recurso sea apreciable un error patente, fundamentación errónea o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad de la tutela judicial*. La referencia a la patentidad del error, aparentemente extensiva, no es aplicada por el TC al supuesto en cuestión —en el que se había considerado como hábil un do-

Por ello, en el ámbito del recurso de amparo la nulidad procedente de la falta de jurisdicción o de competencia de un determinado órgano sólo podrá valorarse cuando sobre ella no se haya pronunciado —ni haya posibilidad de que se pronuncie— ningún órgano de la jurisdicción ordinaria distinto del que ha dictado la resolución. Pues, tan pronto como tal pronunciamiento exista, una diferente valoración del TC sería una intromisión en la aplicación de la legalidad ordinaria.

En conclusión podemos decir que en materia de nulidades procesales la posibilidad de valoración en el ámbito del recurso de amparo es más restringida que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, pues no todas las infracciones invalidantes pueden considerarse desde la perspectiva de la violación de derechos fundamentales y en concreto del derecho a un proceso con todas las garantías.

Este es el único sentido que puede tener el empeño del TC⁸⁷⁶ por establecer dos conceptos distintos de indefensión, uno procesal y otro constitucional. Empeño que, como ha puesto de manifiesto ALMAGRO NOSETE, está destinado al fracaso, pues lo único que puede hacerse es *distinguir entre una indefensión actuante desde el nivel de la legalidad y una indefensión que actúa a partir de la constitucionalidad, cada una con eficacias diferenciadas pero ambas coincidentes en su misma naturaleza o estructura de carácter procesal*⁸⁷⁷.

mingo— en virtud de tratarse de un error imputable al recurrente, que no lo alegó pudiendo hacerlo. Cfr. sobre esta sentencia SAINZ DE ROBLES, F.C. “El control constitucional de los plazos procesales” en *Rev. Tapia*, Núm. 70, mayo de 1993. Págs. 5 y ss.

876. Cfr. p. ej. STC 93/87 de 3 de julio.

877. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. “La prohibición constitucional de indefensión” en *Rev. Poder Judicial*. 1989, núm. especial VI, págs. 235 y ss.

Por último deben tenerse en cuenta las condiciones o requisitos establecidos por la ley para el acceso al recurso de amparo, de las cuales no está excluida la valoración de la nulidad: la legitimación⁸⁷⁸, el agotamiento de la vía jurisdiccional⁸⁷⁹, la

Cfr. tb. al respecto GESTO ALONSO, G. “Precisiones sobre el concepto de indefensión desde el punto de vista procesal” en *Rev. de Derecho Procesal*. 1991, núm. 2. Págs. 317 y ss. No ocurre lo mismo respecto de la posibilidad de apreciación por los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria de cualquier vulneración de derechos fundamentales ocurrida durante el proceso, que se extiende a todos ellos, con independencia de que estén o no protegidos por la nulidad, pues esa función de control es compartida con el TC; con la limitación, ya puesta de manifiesto más arriba, respecto de la valoración del carácter ordinario o extraordinario de un órgano jurisdiccional creado por ley.

878. Con respecto a la legitimación para la incoación del recurso de amparo, si bien a primera vista la LOTC la restringe a quienes hayan sido parte en el proceso, una interpretación lógica y sistemática del precepto, en relación con el art. 162.1,b) de la CE, debe llevar a admitirla para quien no siendo parte en el proceso se vea directamente lesionado por el acto u omisión del órgano jurisdiccional Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. “Cuestiones sobre la legitimación en el proceso de amparo constitucional” en *El Tribunal Constitucional* (ob. col). Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981. T.I. pág. 402. y *Justicia Constitucional* cit. pág. 337. Cfr. STC 135/86 de 31 de octubre, en la que el autor cit. apoya su argumentación.

879. Que en la doctrina del TC se concreta en la utilización de los recursos existentes (cfr. STC 54/91 de 11 de marzo), que en el proceso concreto sean razonablemente exigibles (cfr. SSTC 29/83 de 26 de abril; 30/84 de 6 de marzo y 118/86 de 20 de octubre) y puedan tener utilidad práctica (cfr. STC 72/82 de 2 de diciembre). No siendo exigible por lo general la interposición del recurso de revisión, salvo que la lesión coincida con alguno de sus motivos y sea la única manera de alegarla ante la jurisdicción ordinaria antes de acudir al TC. Tampoco lo es el de audiencia al rebelde salvo que el supuesto coincida plenamente con los allí previstos (cfr. STC

invocación formal del derecho vulnerado ante la jurisdicción ordinaria⁸⁸⁰, así como el plazo de 20 días desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, establecido en el art. 44.2, se convierten en auténticos límites para la valoración de la nulidad procesal por el TC.

El recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado por España el 24 de noviembre de 1977⁸⁸¹, quiso dotar a los mismos de una

81/85 de 4 de julio y 8/93 de 18 de enero). Apreciándose una doctrina inicialmente confusa respecto al recurso de casación, finalmente aclarada en el sentido de su exigibilidad (cfr. STC 162/91 de 18 de julio de 1991). Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. *Justicia Constitucional* cit. pág.325; CORDÓN MORENO, F. *El proceso de amparo constitucional* Ed. La Ley. Madrid, 1992. Págs. 93 y ss. Como ha puesto de manifiesto VERGÉ GRAU, J. “La incidencia...” cit. págs. 475 y ss. no es imposible que la infracción se produzca precisamente en la tramitación de un recurso de amparo. Si es conocida con anterioridad a la sentencia, el art. 94 de la LOTC establece un régimen similar al ya visto del art. 240 LOPJ. Pero si es conocida con posterioridad los arts. 164.1 y 93.1 LOTC se presentan como un obstáculo insalvable. Cfr. Providencia de inadmisión del TC de 31 de enero de 1994.

880. La invocación formal ha sido interpretada de manera estricta pero antiformalista y flexible cfr. CORDÓN MORENO, F. *El proceso de amparo...* cit. págs. 108 y ss. y jurisprudencia allí cit. Llegando a admitir como suficiente el TC que la cuestión haya sido suscitada de algún modo, de manera que el juez pueda entrar a valorarla en términos de derecho, cualquiera que sea la forma de exponerla; lo que requiere al menos la delimitación del contenido del derecho que se entiende vulnerado. Cfr. SSTC 17/82 de 30 de abril; 47/82 de 12 de julio; 30/84 de 6 de marzo; 95/83 de 14 de noviembre y 71/89 de 20 de abril, entre otras.

881. Publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979.

protección eficaz, estableciendo el acceso directo de los ciudadanos y la sumisión de los Estados parte a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos humanos, creado para ello⁸⁸².

El recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no constituye propiamente un medio de impugnación de resoluciones judiciales en nuestro ordenamiento. El art. 50 del propio convenio no deja lugar a dudas al respecto cuando condiciona la eficacia de las sentencias *condenatorias* del TEDH a que, según el derecho interno del Estado Parte, sea posible la reparación. Lo cual —como ha puesto de relieve el TS⁸⁸³— hace que, respecto a las sentencias dictadas por los tribunales españoles, tengan un valor meramente declarativo. Tal como dispone el art. 18 de la LOPJ, las sentencias judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos por las leyes, entre los cuáles no se encuentra el que puede interponerse ante el TEDH.

Sin embargo, una reciente sentencia del TC⁸⁸⁴, que con base en una sentencia del TEDH anula un proceso concluido por sentencia firme diez años antes, nos obliga a hacer una somera referencia al mismo, aunque con la esperanza de que tal doctrina constitucional sea revisada.

La pretensión deducida en amparo es verdaderamente extraña y no lo es menos su admisión por el TC. Para comprender mejor la problemática, creo necesario hacer una breve referencia a los antecedentes.

La sentencia del TEDH dictada en el *caso Barberá, Messegué y Jabardo* de 6 de diciembre de 1988⁸⁸⁵ en la que tiene su

882. Cfr. arts. 24 y 25 del CEDH.

883. Cfr. STS de 4 de abril de 1990 R. 3157.

884. STC 245/91 de 16 de diciembre.

885. BJC 1989-93 págs. 180 y ss. Trad. de José María Tejera Victory.

origen, apreció violación del art. 6.1 del CEDH —que establece el derecho a un proceso justo y público— con base en una *valoración conjunta* de la tramitación del proceso. Entendió el Tribunal que *teniendo en cuenta el tardío traslado de los demandantes de Barcelona a Madrid*⁸⁸⁶, *el cambio inopinado en la composición del Tribunal inmediatamente antes del principio del juicio*⁸⁸⁷, *la brevedad de las sesiones de éste y, sobre todo, la circunstancia de que pruebas muy importantes no se practicaron y discutieron adecuadamente en el juicio*⁸⁸⁸, *en presencia de los acusados y públicamente*⁸⁸⁹, debe llegarse a la conclusión de que se ha violado el derecho a un proceso justo y público.

Tal fundamentación del fallo, finalmente estimatorio, es, como mínimo, sorprendente. Como ponen de manifiesto en su voto particular los jueces Bindschedler-Robert, Thor Vilhjalmsón, Golcuklu, Matscher, Walsh, Russo, Valticos y Torres Boursault, el que la mayoría de los miembros del Tribunal haya apreciado diversos puntos débiles del procedimiento

886. Se cuestiona la precipitación del traslado que se efectuó la víspera de la celebración del juicio y, como consecuencia, la imposibilidad de ponerse de acuerdo eficazmente con sus abogados antes de la celebración del mismo Cfr. ap. 69 y 70 de la sentencia de ref.

887. Uno de los Magistrados tuvo que ausentarse por la enfermedad de un cuñado y otro no pudo actuar por haber dejado de pertenecer a la Sección, manteniéndose sólo el ponente designado. Fueron sustituidos por los magistrados a los que legalmente correspondía, pero sin dar cuenta de las modificaciones en la composición del Tribunal a las partes. Si bien las partes ninguna objeción pusieron a estos cambios durante las sesiones del juicio. Cfr. ap. 71 y ss. de la sentencia de ref.

888. Se refiere a la prueba documental que se dio por reproducida en el juicio, por solicitud de todas las partes (Ap. 81 y ss. de la sentencia de ref.).

889. Cfr. ap. 89 de la S. de ref.

en su conjunto, como fundamento del fallo, quiere decir que *ninguno de estos aspectos por sí solo es de tal naturaleza que justifique la declaración de una violación que resulta solamente de su acumulación*⁸⁹⁰. Acto seguido, en dicho voto particular, proceden a hacer un análisis de los diversos puntos valorados, cuya corrección me parece patente y del máximo interés, pues tiende a desvincular lo que sin duda son hechos *lamentables* —como el precipitado traslado de los presos—, de su influencia real en el proceso. Igualmente ponen de manifiesto cómo ante tales hechos no se puso objeción alguna, como podía haberse hecho: petición de suspensión del juicio, protesta por el cambio en la composición del Tribunal, así como la posibilidad de no dar por reproducida la prueba documental como la propia defensa de los recurrentes hizo.

La estrecha relación entre la nulidad procesal y el derecho a un proceso con todas las garantías podría llevar, si se aceptara la argumentación expuesta, a una expansión de las infracciones invalidantes absolutamente contraria a la finalidad pretendida. Sólo en el ámbito de la Jurisdicción del TEDH tal interpretación tiene sentido, pues no se trata de una última instancia jurisdiccional, sino de un órgano establecido con la finalidad de interpretar un Convenio. No obstante, en ningún momento la citada resolución, —cuya ejecución se pretendió ante la AN— obliga a anular las actuaciones que habían tenido lugar diez años antes.

Como puso de manifiesto el TS en la sentencia ya citada de 4 de abril de 1990, para que el pretendido efecto anulatorio de la sentencia del TEDH fuera posible en el ordenamiento jurídico español, habría de seguirse uno de los siguientes caminos: *a) Modificar la legislación actual, como han hecho los Estados de Noruega, Luxemburgo, Malta y el cantón Suizo de Appenzell,*

890. Cfr. BJC 1989-93 pág. 195.

estableciendo un nuevo motivo de revisión de sentencias firmes, cuando se declare por el TEDH una violación de derechos individuales, y b) La firma de un nuevo protocolo al Convenio, que estableciera un procedimiento para el cumplimiento de las sentencias del TEDH, o las decisiones del Comité de Ministros por los Estados demandados. Como ninguna de las dos posibilidades se ha utilizado, la ejecución de la sentencia citada en el sentido de anular una sentencia del TS es imposible en nuestro ordenamiento, pues supondría introducir una instancia judicial internacional superior y, con ello, inventar un nuevo motivo de revisión. Considera el TS como únicas vías posibles de reparación el indulto o la prestación reparatoria subsidiaria prevista en el art. 50 del Convenio, que es una indemnización de tipo pecuniario.

El TC, sin embargo, en su sentencia 245/91 de 16 de diciembre, otorgó el amparo a los recurrentes declarando nula la sentencia del TS de 4 de abril de 1990 y las sentencias de 15 de enero de 1982 de la AN y de 27 de diciembre de 1982 del TS, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al inicio de las sesiones del juicio oral.

Las bases para criticar la extraña doctrina de la citada sentencia están contundentemente expuestas en el voto particular del magistrado y procesalista GIMENO SENDRA, que constituye un ejemplar ejercicio de lógica y sensatez jurídica.

Son diversos los puntos de discrepancia pues, como pone de manifiesto GIMENO SENDRA, al otorgar el amparo el TC *ha desconocido la exigencia de una resolución lesiva de un derecho fundamental*⁸⁹¹, *se ha atribuido funciones normativas y*

891. Pues lo que se impugna es la sentencia del TS de 4 de abril de 1990, que no es la que directamente ocasiona la violación del derecho, como

convertido en un órgano ejecutor de sentencias del TEDH; ha ignorado el presupuesto de la caducidad y desnaturalizado el amparo, convirtiéndolo en un recurso de revisión; ha vulnerado la cosa juzgada material de las citadas sentencias de la AN y del TS de 1982 y del propio ATC 173/83⁸⁹², y ha dispuesto un procedimiento de ejecución que puede vulnerar nuevos derechos fundamentales.

Para lo que afecta a la materia que es objeto de análisis en este epígrafe, debemos destacar que en opinión de GIMENO SENDRA —que compartimos totalmente— la doctrina emanada de la sentencia, abre la puerta, sin modificación legislativa previa, a la posibilidad de ejecutar sentencias del TEDH otorgándoles eficacia anulatoria de actuaciones judiciales concluidas por sentencia firme, por la vía del recurso de amparo ante el TC⁸⁹³. *Ello supondría —afirma GIMENO SENDRA— resucitar la errónea doctrina del “recurso de nulidad” inaugurada por la STC 110/88 y abandonada por la STC del pleno 185/90.*

En todo el razonamiento del TC se advierte una equivocada comprensión de la categoría de la nulidad, pues, abandonando el criterio seguido en otras muchas resoluciones —algunas de las cuales hemos citado—, otorga a esta categoría un tratamiento privilegiado, olvidando los límites legalmente establecidos para su valoración y aplicación, entre los cuales cabe

exige el art. 44 de la LOTC y el propio Tribunal reconoce en los fundamentos jurídicos.

892. Cuyo valor de cosa juzgada, como resolución inadmisoria *de fondo* es analizado con detalle en el voto particular. Cfr. ap. 5 B).

893. Y, como se pone de manifiesto en el citado voto particular, sin expresar claramente cuál vaya a ser el procedimiento para obtener tal ejecución, *en especial si debe agotarse la vía ordinaria previa antes del amparo o si cabría en lo sucesivo, una vez publicada la sentencia del TEDH, un recurso de amparo directo* ante el TC.

destacar el de la cosa juzgada que, como se recuerda en el voto particular de referencia, goza de protección constitucional⁸⁹⁴.

Como colofón de su argumentación GIMENO SENDRA pone de manifiesto las injustas consecuencias que pueden derivarse de una aplicación exorbitante de la nulidad, que pueden ser analizadas desde la perspectiva constitucional como auténticas violaciones de derechos fundamentales. Así la mencionada resolución deja sin efecto, con consecuencias no determinadas, las indemnizaciones reconocidas a favor de las víctimas. E igualmente, la convalidación de los escritos de calificación provisional puede empeorar la situación de algún recurrente⁸⁹⁵.

Dado el valor que las sentencias del TC tienen en nuestro ordenamiento, así como su carácter de vinculantes para los órganos de la jurisdicción ordinaria⁸⁹⁶, es indudable que, mientras tal doctrina no sea revisada, debe admitirse que existe la posibilidad de utilizar el recurso ante el TEDH como medio para obtener la nulidad de sentencias firmes. No obstante la necesidad de proteger la seguridad jurídica reclama una actuación del poder legislativo que dote de fundamento normativo a lo que hasta el momento no es sino un mecanismo espurio de revisión de sentencias firmes⁸⁹⁷.

894. Y así ha sido reconocido por el TC. Cfr. p. ej. SSTC 92/89 de 22 de mayo, 190/90 de 26 de noviembre. Cosa juzgada que, como se advierte en el voto particular que estamos comentando, vinculaba al propio TC que ya había conocido del asunto en el ATC 173/83.

895. Así como la más que dudosa posibilidad de celebrar de nuevo un juicio con todas las garantías sobre hechos ocurridos en 1977.

896. Cfr. art. 5 de la LOPJ.

897. La Providencia del TC de 31 de enero de 1994, de inadmisión de la solicitud de ejecución de la STEDH de 23 de junio de 1993 (Caso Ruiz Mateos) no puede considerarse una corrección de tal doctrina, tanto por el

3. A modo de epílogo

A lo largo de las páginas anteriores he tratado de demostrar la coherencia del sistema de nulidades procesales regulado por la LOPJ partiendo de la nulidad como *técnica de protección del ordenamiento*. Con ello no pretendo sostener que tal regulación sea absolutamente satisfactoria: la normativa es, desde luego, perfectible. Únicamente he querido poner de manifiesto que en el análisis de la nulidad procesal, en el momento actual, es preciso partir de la regulación positiva, pues sería absurdo resistirse a abandonar las construcciones de ineficacia procedentes del derecho privado, cuando tenemos a nuestro alcance la posibilidad de establecer una explicación coherente del fenómeno de la ineficacia en nuestro ordenamiento.

Con ello queda cumplido el objetivo de este trabajo. No obstante, a modo de epílogo, no me resisto a hacer unas consideraciones sobre los criterios de aplicación de la nulidad presentes en la regulación de la LOPJ, que adquieren su significado pleno a la luz de cuanto llevamos visto. Un análisis profundo de tales criterios sería materia suficiente para un trabajo monográfico. Por ello me limitaré a extraer de lo expuesto aquellas ideas que pueden servir de base para una aplicación

rango de la resolución, como por la peculiaridad del asunto (se trata del intento de anular una sentencia procedente de una cuestión de inconstitucionalidad). No obstante en su escueta motivación se observa que el TC se ha dado cuenta de los graves problemas a que puede dar lugar la doctrina expuesta. Así, aunque el grueso de la argumentación se apoya en la falta de jurisdicción del propio TC para revisar sus propias resoluciones (arts. 164.1 y 93.1 LOTC), al comienzo de la resolución se hace hincapié en la falta de dependencia jerárquica del TC respecto del TEDH y la no obligación, según el convenio, de dar cumplimiento a sus sentencias.

racional de la categoría al proceso, y que constituyen una consecuencia práctica del planteamiento utilizado en estas páginas.

El concepto y naturaleza de nulidad que está presente, según mi punto de vista, en la regulación de la LOPJ, permite una *racioanlización* del fenómeno de la ineficacia procesal en su vertiente práctica. Y la razón no es otra que la expuesta al comienzo: la nulidad como técnica de protección se convierte en una categoría *transitiva*, con un objeto de protección y una finalidad determinados y, en consecuencia, impregnada totalmente de pragmatismo. Pragmatismo que, si en otros aspectos del derecho procesal podría tener connotaciones peyorativas, en lo que respecta a la ineficacia de los actos se muestra como absolutamente imprescindible.

El mantenimiento del punto de vista tradicional sobre la ineficacia, que parte de la nulidad como modo de ser del acto, con efectos automáticos y de aplicación inexorable y, en algunos casos, sin limitación alguna, no permite la toma en consideración de criterios como el de proporcionalidad o utilidad, que están en la base de la más reciente jurisprudencia sobre la nulidad procesal⁸⁹⁸.

La contradicción entre los postulados dogmáticos que aparentemente se mantienen y la aplicación que en la práctica se hace de la nulidad, no puede consentirse indefinidamente. Por la sencilla razón de que puede convertir la nulidad en una fuente de inseguridad: en una categoría de aplicación arbitraria, sin control posible⁸⁹⁹.

898. Cfr. GUMORI, T. "La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación de la tutela judicial efectiva" en *Rev. La Ley*, 1988, T.3, pág. 955.

899. Cfr. Id. nota anterior, págs. 958-959. Así lo señala, entre otras, la STC 11/88 de 2 de febrero.

La explicación coherente del fenómeno, tal como se regula en la LOPJ, *puede* hacerse desde su consideración como técnica de protección del proceso con todas las garantías. La explicación de los criterios de aplicación *debe* hacerse desde ese mismo punto de vista. Con ello la nulidad procesal se integra de manera armónica en nuestro ordenamiento constitucional y deja de ser el reducto de formalismos inútiles y contrarios a la finalidad que el proceso pretende. Como ha puesto de manifiesto ORTELLS RAMOS⁹⁰⁰, *lo decisivo no es contrastar las normas procesales (...) con modelos históricos o dogmáticos, sino determinar si caen fuera o dentro de los condicionamientos constitucionales y, en segundo caso su adecuación a fines de política jurídica*. Se trata de una preocupación compartida por toda la doctrina y que con respecto a la nulidad procesal ha sido manifestada en más de una ocasión por el TC⁹⁰¹.

En el marco de este nuevo enfoque puede entenderse, sin necesidad de complejas argumentaciones, la introducción de criterios como la *trascendencia real* de la infracción en el proceso⁹⁰². la no apreciación de la nulidad causada por quien la alega⁹⁰³ y el contenido del principio de conservación de los actos.

900. “Correlación entre acusación y sentencia antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales” en *Rev. Justicia*, 1991, núm. III. Pág. 531.

901. Vid. por todas STC 39/88 de 9 de marzo.

902. La trascendencia de la infracción en el proceso, debe ser analizada respecto de las *infracciones de protección relativa* por medio de la comprobación de que efectivamente se ha causado indefensión y respecto de las *infracciones de protección absoluta* comprobando que la infracción cometida no puede ser catalogada, según los criterios legales, como *puramente formal*.

903. Cfr. STS de 16 de abril de 1990 R. 2761 y STC 65/93 de 1 de marzo. A falta de un precepto expreso al respecto en nuestro ordenamiento

Igualmente puede encontrarse una vía adecuada para la explicación del fenómeno de la subsanación que tantas dificultades ha planteado siempre a la doctrina clásica⁹⁰⁴. Partiendo de la nulidad como técnica de protección tal dificultad desaparece, pues la subsanación es entendida como una valoración previa a la nulidad que lleva precisamente a no aplicar la categoría. Es decir, la subsanación, lejos de operar al modo de una *misteriosa medicina* que devuelve al acto su eficacia, opera como valoración excluyente de la nulidad y está situada en una posición lógica anterior a ella.

Por lo tanto, de modo más realista, la consideración de las posibilidades de subsanación no debe hacerse desde la incardinación del *vicio* en alguna de las categorías de ineficacia, o desde el análisis de la *esencialidad* del elemento ausente del acto, sino desde el análisis de los criterios de valoración y me-

procesal debemos recurrir al principio de buena fe que con carácter general establece el art. 11.1 de la LOPJ. Lo cual es una constante en la doctrina del TC. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. “La prohibición constitucional de indefensión” en *Rev. Poder Judicial* Núm especial VI, 1989, págs. 235 y ss. Cfr. tb. PAJARDI, P. *Procedura civile...* cit., pág. 126 y HERON, J. *Droit judiciaire...* cit., pág. 126.

904. Desde la perspectiva clásica, la subsanación ha encontrado siempre una dificultad insuperable: Si el acto no produce efectos —*no es*— como explicar el mecanismo que le lleva a producirlos. En la superación de esta dificultad se encuentran, como ya vimos, todas las construcciones doctrinales tendentes a configurar categorías intermedias de ineficacia, y, por lo que respecta al derecho procesal, la configuración de la categoría de las *nulidades renunciables*. Pero la búsqueda de un criterio que permitiera establecer con claridad la *renunciabilidad* ha encontrado siempre graves dificultades. Cfr. p. ej. CONSO, G. “Prospettive per un inquadramento delle nullità processuale civile” en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1965, págs. 110 y ss.

canismos de denuncia establecidos. Cuando se decide subsanar un acto, no se está haciendo otra cosa que apreciar que la infracción cometida no es invalidante, porque no es ninguna de las que la Ley establece como tales. Tales apreciaciones están presentes de modo difuso en la obra de MORÓN, quien, hablando de la convalidación, pone de manifiesto que este *tipo* de subsanación se caracteriza porque no exige declaración previa de nulidad, sino que por el contrario la excluye⁹⁰⁵.

En definitiva, el criterio de la utilidad⁹⁰⁶ está inserto en el propio concepto de *técnica de protección*. La nulidad es útil, no

905. Cfr. *La nulidad...* cit. págs. 203 y ss. Tratando de buscar una fijación de la terminología distingue entre subsanación por *renovación*, subsanación por *convalidación* y subsanación por *enmienda*. La primera sería la sustitución del acto declarado nulo por otro válido y, por tanto, más que una subsanación, se trata de una consecuencia de la declaración de nulidad del acto. La segunda no exige una previa declaración de nulidad, sino que, por el contrario la excluye. Se trata evidentemente de un supuesto de subsanación, pues el acto, a pesar de su posible valoración como nulo, produce sus efectos normales. La enmienda, por último, consiste en una actividad encaminada a completar el acto en aquello que lo hacía nulo. Por lo que se refiere a la convalidación llega a la conclusión de que la convalidación se produce, respecto de los actos anulables de oficio, con la sentencia firme y respecto de los actos denunciados a instancia de parte por el consentimiento de la misma, bien por la realización de un acto posterior que presuponga la validez del acto nulo, bien por el efecto positivo de la preclusión. Se trata sin duda de una construcción coherente con la legislación vigente en aquel momento que constituye el punto de partida para un nuevo enfoque de la nulidad procesal.

906. Criterio que, como queda dicho, ha estado siempre presente en la doctrina clásica —cfr. p. ej. KISCH, W. *Elementos de derecho...* cit. págs. 157-158—, aunque sin posibilidad de aplicarse eficazmente, dados los límites dogmáticos en los que la nulidad se ha movido. Igualmente este criterio ha operado como corrector en la nueva legislación francesa, a través de

en absoluto, sino en la medida en que en cada caso sirve para proteger el proceso con todas las garantías⁹⁰⁷. Puede decirse que el criterio de la utilidad despliega sus efectos en una doble dirección: desde el punto de vista de la eficacia de los actos, cualquier acto que a pesar de la infracción invalidante haya cumplido su fin queda excluido de la aplicación de la nulidad. Y por otro lado, cualquier infracción que no tenga trascendencia procesal, no debe ser valorada a los efectos de la nulidad⁹⁰⁸.

Las breves consideraciones precedentes —dentro de la concisión que exige su catalogación como epílogo—, ponen de manifiesto las múltiples consecuencias que pueden derivarse de la utilización de esta vieja, aunque olvidada, concepción de la nulidad.

la consagración del *perjuicio* como elemento necesario de la nulidad. Cfr. BLANC, E. *La nouvelle procédure...* cit. págs. 130-132. Cfr. tb. HERON, J. *Droit judiciaire...* cit., pág. 126 y el art. 114 del CPC en el que también pueden encontrarse los elementos para distinguir las infracciones de protección absoluta de las de protección relativa, aunque hace referencia al perjuicio, concepto no equivalente a la indefensión, sino más amplio.

907. Cfr. STS de 13 de febrero de 1991 R.A. 1628, en la que aplicando el criterio de la utilidad se considera suficiente un poder que no lo era, en virtud de que no tendría más consecuencia que la dilatación del procedimiento; cfr. tb. la s. de la AP de Madrid de 30 de marzo de 1993. RGD p. 6281. No obstante, la utilización de este criterio no debe tomar en consideración el fondo del asunto, pues puede llegarse a soluciones arriesgadas como la de la STC 100/94 en la que a pesar de apreciar indefensión por falta de emplazamiento de un Ayuntamiento no se anulan las actuaciones en virtud de la abundante jurisprudencia del TS sobre el fondo del asunto que muestra de manera patente la falta de razón del recurrente.

908. Salvo que, en cualquiera de los dos casos, el legislador haya configurado la infracción como de *protección absoluta* y no pueda catalogarse como meramente formal, como queda dicho.

CONCLUSIONES

– I –

La regulación de la nulidad procesal que establece la L.O. 6/85 de 1 de julio es plenamente coherente con las modernas orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia que conciben el derecho procesal como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional y la obtención de la tutela judicial efectiva. Las normas procesales son entendidas desde su peculiar finalidad de protección y facilitación del ejercicio de la acción, y en ningún caso como normas obstaculizantes o perturbadoras.

– II –

El legislador ha pretendido situar la nulidad procesal en el lugar que le corresponde de acuerdo con la función que esta categoría debe cumplir: el saneamiento del proceso. Y, para ello, ha prescindido de las tradicionales categorías de ineficacia, de origen iusprivatista, que la doctrina y la jurisprudencia venían manejando. Aparentemente se trata de una ruptura radical de difícil comprensión. Sin embargo, como pienso que queda demostrado en el primer capítulo de este trabajo, se trata más bien de la trasposición a la norma —con mejor o peor fortuna, pero en todo caso coherente— de lo que venía siendo la aplicación real y práctica de esta categoría.

En efecto, no es posible encontrar en la LOPJ las notas que permitían a la doctrina diferenciar la nulidad de la anulabilidad, o la inexistencia de la nulidad de pleno derecho. Pero lo cierto es que tales notas no han sido hasta ahora sino la herencia — resignadamente admitida por la doctrina— del sistema de ineficacia del derecho privado. Una herencia que producía serias perturbaciones al ser aplicada al derecho procesal, pero de la que no era posible prescindir, ante la ausencia de un sistema de ineficacia propio.

– III –

La LOPJ al regular la categoría de la nulidad de modo general y con aplicación a todo el ordenamiento procesal, permite abordar la elaboración de un sistema de ineficacia propio, con una dogmática propia, que tenga presente el significado que la nulidad debe tener y la función que debe cumplir en el proceso. Esto es, debe partirse de la regulación concreta para determinar qué sea la nulidad, cuáles son sus efectos y cuáles son las infracciones que determinan su aplicación. Tratar de seguir manteniendo las categorías tradicionales sería perder una oportunidad única para clarificar el ya de por sí enmarañado tema de la nulidad procesal.

– IV –

Para hacer posible la elaboración de tal sistema considero necesario partir de un determinado concepto de nulidad que he tratado de sintetizar en la siguiente definición, aplicable, pienso, a cualquier rama del ordenamiento jurídico:

La nulidad es una técnica procesal dirigida a la privación de efectos producidos —o cuya producción se pretende— por

actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección.

En esa definición, cuyas consecuencias se desarrollan en el trabajo precedente, están presentes las notas que hacen posible liberar al derecho procesal del lastre que las teorías iusprivatistas venían suponiendo. En concreto:

— La reducción de la categoría a su funcionamiento real: la nulidad (en cualquier rama del ordenamiento) sólo se puede aplicar en un proceso. Es, por ello, una categoría procesal y no una categoría de funcionamiento automático, como se ha pretendido

— El establecimiento de su carácter de categoría de creación jurídico positiva y, en consecuencia, la amplia libertad del legislador para determinar su objeto de protección y su peculiar modo de aplicación. Es por ello perfectamente coherente que el legislador someta la aplicación de la nulidad procesal a unos límites y en concreto que establezca que su alegación y valoración esté condicionada a la existencia de un cauce procesal para hacerla valer.

– V –

Partiendo de esta concepción, la normativa de la LOPJ sobre nulidad puede esquematizarse del siguiente modo:

a) Infracciones invalidantes:

—Supuestos concretos: (art. 238, 1º y 2º)

—Criterio general: (art. 238, 3º)

—Puntualizaciones al criterio general (arts. 240.1 y 241)

- b) Mecanismos de valoración de la nulidad (art. 240)
- c) Criterios de aplicación (arts. 242-243).

– VI –

Con respecto a las infracciones invalidantes entendemos que pueden establecerse dos tipos:

a) *Infracciones de protección absoluta*. En ellas la valoración de la nulidad procede exclusivamente de la confrontación del acto con la norma. Pueden destacarse las relativas a la ausencia de jurisdicción o competencia objetiva o funcional del órgano, y todas las demás que expresamente prevén las leyes procesales bajo pena de nulidad.

b) *Infracciones de protección relativa*. En ellas se incluye, entre los elementos que deben ser valorados para la aplicación de la nulidad, la efectiva producción de indefensión. Son las que se regulan en el núm. 3º del art. 238 que se configura como un auténtico criterio general para la valoración de la nulidad procesal.

Dicha clasificación se adapta perfectamente al régimen de valoración de cada una de ellas. Régimen que no se basa tanto en una diferente posibilidad de subsanación como en una diferente posibilidad de valoración de oficio. Por lo que respecta a las infracciones de protección relativa, en un proceso en el que todas las partes estén personadas, tanto la valoración de oficio como su alegación están sometidas al principio de preclusión. Sin embargo, puede apreciarse de oficio en cualquier momento antes de dictar sentencia, en las situaciones de rebeldía involuntaria y en aquellas que, aun sin declaración formal de rebeldía, produzcan efectos similares.

– VII –

De entre las diversas consideraciones que se hacen en las páginas precedentes en relación a las distintas infracciones invalidantes establecidas en la LOPJ merecen ser destacadas las siguientes:

a) Respecto a la ausencia de jurisdicción o competencia objetiva o funcional, el criterio de la *ostensibilidad* puede ser de gran utilidad para distinguir los supuestos en los que la categoría de la nulidad debe entrar en funcionamiento de aquellos otros en los que, por la oscuridad de la ley o por existir diversas interpretaciones, debe quedar excluida.

b) Respecto al supuesto tercero del artículo 238, debe considerarse la indefensión como elemento esencial de los dos supuestos establecidos por la Ley. E igualmente debe considerarse que la previsión legal sobre los defectos formales del art. 240 constituye una precisión a ese criterio general. Precisión que se dirige a una definitiva desvinculación de la nulidad de las meras inobservancias formales.

c) El régimen de nulidad de la LOPJ no incluye categorías intermedias de ineficacia —como podía haberlo hecho el legislador— sino que configura una única categoría de ineficacia que es la nulidad.

– VIII –

Con respecto a los mecanismos de valoración la LOPJ establece tres vías para ello:

a) En primer lugar la apreciación de oficio por el propio juez que está conociendo, que como hemos dicho está sometida a limitaciones derivadas del tipo de infracción y

los efectos que el principio de preclusión provoca respecto de las infracciones de protección relativa; así como de la pérdida de jurisdicción que supone la emisión de la sentencia definitiva. Dentro de esta facultad de oficio es donde tiene cabida la posibilidad de las partes de denunciar la existencia de una infracción invalidante, pues nada impide que sea ésta la forma en que la infracción llegue a conocimiento del juez.

b) En segundo lugar los recursos. Tras el estudio de los distintos medios de impugnación, puede llegarse a la conclusión de que todos ellos permiten la alegación de la nulidad —si bien con el sometimiento a las peculiares reglas de admisibilidad, por lo que se refiere a los extraordinarios—, salvo el de queja, en el que únicamente podrán alegarse las nulidades derivadas del peculiar trámite de admisión del recurso para el que está diseñado, pero no las anteriores.

c) Por último hace referencia la LOPJ a los demás medios procesales, entre los cuales deben incluirse, —a parte de los recursos no devolutivos— las cuestiones de competencia, el incidente de recusación, el incidente de cuantía litigiosa en el procedimiento de mayor cuantía en algún supuesto, las excepciones dilatorias y los artículos de previo pronunciamiento, las denominadas comparecencias saneadoras y en general las excepciones del proceso civil.

Como medios específicos para la denuncia de la nulidad después de la firmeza de la sentencia debe destacarse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y el *recurso* de revisión siempre que la infracción invalidante pueda ser incluida entre los supuestos establecidos.

Debe considerarse igualmente como medio para obtener la valoración de la nulidad la audiencia al condenado en rebeldía.

– IX –

No debe considerarse utilizable el incidente de nulidad de actuaciones expresamente suprimido por el legislador. El trámite de audiencia establecido por la LOPJ para la anulación de oficio no justifica la pretensión de mantenimiento de ese procedimiento incidental. Según la jurisprudencia del TC podría sostenerse su pervivencia cuando no hubiera ningún otro medio para denunciar la nulidad. El único supuesto en que cabría apreciar tal circunstancia es del de la nulidad del emplazamiento del declarado en rebeldía. Sin embargo, una correcta interpretación del art. 279 de la LEC hace innecesario el recurso a un procedimiento que, como ocurre con el incidente de nulidad de actuaciones, es inexistente en nuestro ordenamiento.

Cosa diferente es la posibilidad —apuntada en la conclusión anterior— de que las partes pongan de manifiesto al juez una determinada infracción; lo cual, aun siendo una *incidencia* del proceso, no constituye un incidente de nulidad de actuaciones. Lo expuesto significa que esta posibilidad que tienen las partes de denunciar las infracciones invalidantes, no sustituye en ningún caso a los trámites específicos o recursos que deban emplearse para impedir los efectos saneadores de la preclusión.

– X –

Debe excluirse como medio para la valoración de la nulidad procesal tras la firmeza de la sentencia el recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No existe ningún precepto

legal que haga admisible tal eficacia de una sentencia del mencionado Tribunal. En consecuencia considero necesaria la revisión de la doctrina del Tribunal Constitucional que admite tal posibilidad.

– XI –

La valoración que merece la regulación de la nulidad de la LOPJ es positiva. Se trata de una regulación que, aun siendo susceptible —como es lógico— de perfeccionamiento, permite la elaboración de una dogmática propia sobre la ineficacia de los actos procesales y es adecuada y suficiente para proteger el derecho a un proceso con todas las garantías.

De *lege ferenda*, sin embargo, pienso que es preciso reformar la normativa actual relativa a la tramitación de los *juicios en rebeldía*, que adolece de una notable incoherencia en lo que se refiere al tratamiento de la comparecencia del demandado rebelde antes de la firmeza de la sentencia. De igual modo parece conveniente reformar la denominada *audiencia al demandado rebelde* de manera que contemple expresamente los supuestos de rebeldía involuntaria derivados de la nulidad de los actos de comunicación iniciales. Con ello quedaría resuelto satisfactoriamente el único supuesto de nulidad que en la regulación actual no está suficientemente protegido.

Igualmente, debería preverse el reenvío a una sección o sala distinta del órgano, al menos para aquellos supuestos en los que el juicio ya formado en las actuaciones anuladas, ponga en cuestión la imparcialidad del órgano, lo cual de hecho ya se está haciendo.

El establecimiento de un recurso de nulidad específico ante la jurisdicción ordinaria, que libere al TC de la gravosa carga que actualmente soporta en materia de nulidades, no es recha-

zable; si bien estimo que no cumpliría tal objetivo, pues al final quedaría abierta nuevamente la vía del recurso de amparo. Lo que parece indudable es que, de existir tal recurso frente a sentencias firmes, debe regularse tomando como modelo el recurso de revisión, tal como se establecía en el anteproyecto de la LOPJ del 85; y no, como recientemente se ha pretendido, el incidente de nulidad. Una correcta comprensión de la nulidad debe llevar a aceptar, entre otras cosas, la existencia de límites y a desechar la aureola de misterio que envuelve a esta categoría.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ALAMILLO CANILLAS, F. *La nulidad de actuaciones en el proceso penal*. Madrid, 1958. Separata del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T.XI, fascículo III, págs. 529-550.

ALBADALEJO, M. *El negocio jurídico*. Ed. L. Bosch. Barcelona, 1958.

—*Compendio de Derecho Civil*. Ed.J.M. Bosch. Barcelona, 1991.

ALLORIO, E. “La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale” en *Problemi di diritto*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1957.

ALMAGRO NOSETE, J. “La nulidad de sentencia, por omisión de datos esenciales en hechos probados” en *Rev. de Der. Proc. Ib.* año 1979, núm. 4. Págs. 979-994.

—”Garantías constitucionales del proceso civil” en *Rev. Justicia*, 1981. Núm. especial. Págs. 11-42.

—”Del juicio de menor cuantía” en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. (Ob. col. coord. por Valentín Cortés). Ed. Tecnos. Madrid, 1985.

— “La prohibición constitucional de indefensión” en *Rev. Poder judicial* 1989. Núm. especial VI. Págs. 231-243.

—*El nuevo proceso penal.*(Ob. col.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989.

—”El proceso declarativo ordinario” en *Jornadas sobre la reforma del proceso penal.* Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990. Págs. 103-108.

ALSINA, H. “La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien integra, el concepto de relación jurídica” en *Rev. Der. Proc.* año X (1952). Primera parte.

—”Las nulidades en el proceso civil” en *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei* Ed. CEDAM. Padova, 1958. Págs. 79-124.

ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *El negocio jurídico en Derecho Romano.* Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1954.

ÁLVAREZ DE LINERA-URÍA, C. *La nulidad de actuaciones en el Proceso Penal.* Oviedo, 1981.

ARAZI, R. *Elementos de derecho procesal.* Ed. Astrea. Buenos Aires, 1988.

ASCARELLI, T. “Inesistenza e nullità” en *Rivista di diritto procesuale,* 1956. vol.XI. Págs. 61-65.

ASENCIO MELLADO, J.M. *Prueba prohibida y prueba preconstituída.* Ed. Trivium. Madrid, 1989.

BERIZONCE, R.O. *La nulidad en el proceso.* Ed. Platense. La Plata, 1967.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. *El derecho fundamental a un proceso debido y el Tribunal Constitucional* Ed. Aranzadi. Pamplona, 1992.

BLANC, E. *La nouvelle procédure civile* Ed. Librairie du journal des notaries et des avocats. París, 1973.

BOQUERA OLIVER, J.M. *Estudios sobre el acto administrativo*. Ed. Cívitas. Madrid, 1982.

BORRADO INIESTA, I. “La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial” en *Rev. Justicia*, 1993, núms. I y II. Págs. 81-102.

BORREL Y SOLER, A.M. *La nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español*. Ed. Bosch. Barcelona, 1947.

BOTANA GARCÍA, G. “La contradicción de sentencias firmes sobre un mismo litigio” en *Rev. Justicia*, 1990. núm. IV. Págs. 855-872.

VON BÜLOW, O. *Las excepciones procesales y los presupuestos procesales* Trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1964.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “Concepto de juez ordinario en el Derecho español” en *Rev. Poder Judicial* (2ª época) núm. 18. Junio, 1990. Págs. 77-99.

CADIET, L. *Droit judiciaire privé*. Ed. Litec. París, 1991.

CALAMANDREI, P. *La Casación civil* Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945

—”Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo” en *Studi sul processo civile* Ed. CEDAM. Padova, 1947. Vol. I. Págs. 213-230.

—”Supervivencia de la querrela de nulidad en el proceso civil vigente” en *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de S. Sentís Melendo. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1962. págs. 295-317.

—*Opere Giuridiche*. Ed. Morano. Nápoli, 1970.

CALVO SÁNCHEZ, C. *La revisión civil*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1977.

— “Comentario a un acta de comparecencia. ¿Es subsanable la falta de litisconsorcio pasivo necesario?” en *Rev. de Derecho Procesal* 1987. Núm. 1. Págs. 85-93.

— “Procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Hipoteca sobre bienes gananciales. ¿Es necesario demandar a la esposa?” en *Rev. Universitaria de Derecho Procesal* 1988. Núm. 0. Págs. 155-166.

CANCELA, O.J. *Instituciones de derecho privado* (Coaut. RABINOVIOCH, R.D. y ROLLAN, R.J.) Ed. Astrea. Buenos Aires, 1988.

CANO MATA, A. “Posibilidad de anulación por la jurisdicción ordinaria de sentencia penal ordenatoria, definitiva y firme, que infringe la Constitución sin necesidad de acudir al recurso extraordinario de revisión o de amparo” en *Rev. de Derecho Procesal* 1988. Núm.3. Págs. 725-736.

CARANTA, R. *L'inesistenza dell'atto amministrativo* Ed. A. Giuffrè. Milano, 1990.

CARNELUTTI, F. *Teoría general del derecho*. Trad. de Carlos G. Posada. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1941.

—*Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. de Jaime Guasp. Ed. Bosch. Barcelona 1942.

—*Sistema de derecho Procesal*. Trad. de Alcalá Zamora y Sentís Melendo. Ed. UTEHA, Buenos Aires, 1944.

—”Inesistenza dell'atto giurídico” en *Rivista di diritto processuale* 1955, vol.X. Págs. 208-211.

—*Derecho y proceso*. Trad. de Sentís Melendo. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires, 1971.

CARRERAS LLANSANA, J. *Estudios de derecho procesal*. (con FENECH, M.). Ed. L.Bosch. Barcelona, 1962.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral* Ed. Reus. Madrid, 1982.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Ed. Instituto de Estudios jurídicos. Madrid, 1967.

CHIOVENDA, G. *Principios de derecho procesal Civil* Trad. de Casais Santalo. Ed. Reus. Madrid, 1925.

—*Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. de E. Gómez Orbaneja. Ed. Rev de D. Priv. Madrid, 1940.

—”Sobre la excepción” en *Ensayos de derecho procesal civil* Trad. de Sentís Melendo. Ed. EJE.A. Buenos Aires, 1949.

CLAVERÍA GONSALBEZ, L.H. *La confirmación del negocio anulable*. Ed. del Real Colegio de España. Bolonia, 1977.

CLIMENT DURÁN, C. “Sobre la revisión penal: el caso Grimau” en *Rev. Poder judicial*. Núm. 19. Septiembre de 1990. Págs. 251-280.

COMOGLIO, L.P. *Il principio di economia processuale*. Ed. CEDAM. Padova, 1980.

CONSO, G. “Prospettive per un inquadramento delle nullità processuale civile” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*. 1965. Págs. 110-149.

—*Il concetto e le specie d'invalidità*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1972.

CORDÓN MORENO, F. *El proceso de amparo constitucional*. Ed. La Ley. Madrid, 1992.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *La cosa juzgada penal*. Ed. Colegio de España. Bolonia, 1975.

—*El nuevo proceso penal* (Ob. col.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989.

—*Derecho Procesal*. (Ob. col) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.

—*Introducción al Derecho Procesal*. (Coaut. MORENO CATENA y GIMENO SENDRA) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1993.

CODACCI-PISANELLI, G. *L'invalidità come sanzione di norme non giurídice*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1940.

COUCHEZ, G. *Procédure civile*. Ed. Dalloz-Sirey. Paris, 1992.

COUTURE, E.J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Ed. Depalma. Buenos aires, 1969.

CRISTÓBAL Y F. PORTAL, A. “Sustanciación de las cuestiones de competencia por declinatoria: Trámite incidental ordinario siempre (el art. 79-I de la LEC)” en *Rev. de Derecho Procesal*. Núm. 2. 1992. Págs. 221-252.

CUNEO LIBARONA, M. *Nulidad de sentencias en el proceso penal*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968.

DAMIÁN MORENO, J. “Sobre el derecho de defensa y la prueba prohibida” en *Rev. Poder Judicial* (2ª época) Núm. 16. Diciembre de 1989. Págs. 151-158.

DENTI, V. "Nullità degli atti processuale civili" en *Novissimo Digesto Italiano*. Turín, 1957. T.XXI. Págs. 467 y ss.

— "Cuestioni rilevabili d'ufficio e contradditorio" en *Riv. Dir. Proc.* 1968, vol. XXIII (II Serie). Págs. 217-231.

DEVIS ECHANDÍA, H. *Compendio de derecho Procesal Civil*. Ed. Temis. Bogotá, 1963.

— "Nulidad procesal por violación de garantías constitucionales" en *Rev. de Derecho Procesal Ib. y Fil.* 1964, núm. 3. págs. 99-123.

DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (coaut. GULLON, A.) Ed. Tecnos. Madrid, 1986.

DÍEZ PICAZO, L. y DE LA OLIVA SANTOS, A. "Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria", *Rev. La Ley*, 1990-I, págs. 1049-1065.

DOVAL DE MATEO, J. *La revisión civil* Ed. L. Bosch. Barcelona, 1979.

EISNER, I. *La intermediación en el proceso* ed. Depalma, Buenos Aires, 1963.

FAIRÉN GUILLÉN, V. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Rev. de D.Pr. Madrid, 1955.

— *Sugerencias para el "anteproyecto de bases para el código procesal civil" de 1962* Ed. Universidad de Valencia. Valencia, 1962.

— *Estudios de Derecho Procesal Civil, penal y Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid, 1983.

— *Doctrina general del derecho procesal*. Ed. L. Bosch. Barcelona, 1990.

FAZZALARI, E. *Instituzioni di diritto processuale* Ed. CEDAM. Padova, 1979.

FENECH, M. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1945.

—*El proceso penal* Ed. Labor. Madrid, 1952.

—*Estudios de Derecho Procesal*. (con CARRERAS). Ed. L.Bosch. Barcelona, 1962.

—*Derecho procesal civil*. Ed. AGESA. Madrid, 1980.

—*El proceso penal* cit. AGESA. Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del TC” en *Rev. Poder Judicial*. Núm. especial VI, 1989. Págs. 57-87.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Los vicios de orden público de los actos administrativos*. Ed. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1970.

FERRERES COMELLA, V. “El tratamiento procesal de la cosa juzgada en la reciente jurisprudencia española” en *Rev. Justicia* 90. Núm. IV. Págs. 927-953.

FLOUR, J. prefacio a la obra de COUTURIER, G. *La confirmation des actes nuls*. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo* (Coaut. FERNÁNDEZ, T.R.) Ed Cívitas. Madrid, 1980.

—*Hacia una nueva justicia administrativa*. Ed. Cívitas. Madrid, 1989.

GARNICA MARTÍN, J.F. “Nulidad de actuaciones después de sentencia firme” en *Rev. Justicia*, 1990, núm.IV. Págs. 897-926.

GAUDEMMENT, E. DESBOIS, H. y GAUDEMMENT, J. *Théorie générale des obligations* Ed. Sirey. Paris, 1965.

GIMENO GÁMARA, R. “El incidente de nulidad de actuaciones” en *Revista de Derecho Procesal* 1949, núm. 1, págs. 511-525.

GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos de derecho procesal*. Ed. Cívitas. Madrid, 1981.

—*El recurso de amparo constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid, 1984.

—*Introducción al derecho procesal* (coaut. MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993.

GELSI BIDART, A. “Indicaciones sobre el elemento voluntario en el acto procesal” en *Estudios procesales en memoria de Eduardo J. Couture*, Madrid, s/f. Separata de los números publicados por la Revista de Derecho Procesal durante el año 1957. Págs. 125-141.

GESTO ALONSO, G. “Precisiones sobre el concepto de indefensión desde el punto de vista procesal” en *Rev. de Derecho Procesal*. 1991, núm. 2. Págs. 299-321.

GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil* Trad. de Prieto Castro Ed. Labor. Madrid, 1936.

—*Principios generales del proceso*. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1961.

GÓMEZ COLOMER, J.L. *Derecho Jurisdiccional* (Coaut. MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS). Ed. L. Bosch. Barcelona, 1989. 268.

GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El juicio de cognición. Comentarios al Decreto de 21 de noviembre de 1952*. Ed. Gráficas Ortega. Salamanca, 1974.

—”Notas sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva” en *Rev. Universitaria de Derecho Procesal*. Núm. 0. 1987. Págs. 87-96.

—”Nulidad de sentencias sin necesidad de recurso” en *Rev. La Ley* 1989, Núm. 2165 de 14 de febrero. Págs. 905-907.

—*Abogacía y proceso*. Ed. Forum. Oviedo, 1990.

—*El proceso penal*. Ed. Forum. Oviedo, 1992.

—*El proceso civil* Ed. Forum. Oviedo, 1992.

—*La responsabilidad en el uso de vehículos a motor* Ed. Forum. Oviedo, 1992.

—”Nulidad de actuaciones y la Constitución” en *Rev. La Ley* 1992. T.3, págs. 793-796.

GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho procesal civil y penal*. (coaut. HERCE QUEMADA, V.) Ed. del autor. Madrid, 1972.

GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. *Derecho Procesal Administrativo* (Coaut. GIMENO SENDRA, V. y GARBERI LLOBREGAT, J.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.

GONZÁLEZ GRANDA, P. *Extensión y límites de la jurisdicción española* Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 1992.

GUASP, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. M. Aguilar. Madrid, 1943.

—”Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales” en *Rev. de Derecho Procesal* 1948. Núm. 3. Págs. 403-430.

—*Derecho*. Ed. del autor. Madrid, 1971.

—*Derecho Procesal Civil*. Ed. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1977.

GUI MORI, T. “La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela judicial efectiva” en *Rev. La Ley* 1988. T. 3, págs. 946-960.

GUTIÉRREZ ALVIZ, F. Prólogo a la obra de MORÓN PALOMINO *La nulidad en el proceso civil español*. Ed. AHR. Barcelona, 1957.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. “Caracteres principales de la casación civil en la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Rev. de Derecho Procesal* 1985, núm. 1. págs. 65-120.

HERON, J. *Droit judiciaire privé*. Ed. Montchrestien. Paris, 1991.

JAPIOT, R. *Des nullités en matière d'acts juridiques*. Ed. Arthur Rousseau. París, 1909.

—*Traité élémentaire de procédure civile & commerciale*. Ed. Lib. A. Rousseau. Paris, 1916.

V Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal en *Rev. Iberoam. de Derecho Procesal*. 1970. núm. 3.

KISCH, W. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Prieto Castro. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1932.

LIEBMAN, E.T. *Manuale di diritto processuale civile*. Ed. Giuffrè. Milano, 1980.

LÓPEZ BLANCO, H.F. *Instituciones de Derecho Procesal Civil colombiano*. Ed. Temis. Bogotá, 1979.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. “La nulidad de las fuentes de prueba obtenidas mediante una intervención telefónica” en *Rev. Estudios de Jurisprudencia* Núm. 2. Septiembre de 1992. Págs. 23-40.

LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción por razón de la materia*. Ed. Trivium. Madrid, 1991.

LORCA MARTÍNEZ, J. “Nulidad de actuaciones en el proceso penal” en *Rev. La Ley* 1984, T.1. págs. 1151 y ss.

—”Nulidad y presupuestos procesales subjetivos” en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1992.

LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990.

—”Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales” en *Problemas actuales de la justicia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988.

—*La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*.(coaut. MARCHENA GÓMEZ, M.) Ed. Comares. Granada 1994.

MAIER, J.B.J. *Función normativa de la nulidad*. Ed Depalma. Buenos Aires, 1980.

MANDRIOLI, C. *Corso di diritto processuale civile*. Giappichelli ed. Torino, 1989.

MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil español*. Ed. Reus. Madrid, 1914.

MARCHENA GÓMEZ, M. *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*. (coaut. LOZANO HIGUERO, M.) Ed. Comares. Granada 1994.

MÁRQUEZ DE PRADO, M.D. y MARTÍNEZ ARRIETA, A. “Validez de la prueba testifical en ausencia del procesado” en *Rev. Poder Judicial*. Núm. 21, marzo de 1991. Págs. 141-151.

MARTÍN DE LA LEONA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Ed. Cóllex. Madrid, 1991.

MARTÍN OSTOS, J. “De las cuestiones de competencia” en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil*. (ob. col.). Ed. Tecnos. Madrid, 1985.

—”Hacia un nuevo secretario judicial español” en *Rev. Justicia* 1991, Núm. IV. Págs. 799-806.

MARTÍN PALLIN, J.A. “Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal” en *Rev. Poder Judicial*. 1989. Núm. especial VI. Págs. 119-136.

MARTINETTO, G. “Della nullità degli atti” en *Comentario del Codice di Procedura Civile* ob. col. dirigida por E. Allogio. Ed. UTET. Torino, 1980.

MATTIROLO, L. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. Fratelli Bocca ed. Roma, 1902.

MAURINO, A.L. *Nulidades procesales*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1990.

MAZEAUD, H., L. y J. *Lecciones de derecho civil*. Trad. de Alcalá Zamora. E.J.E.A. Buenos Aires, 1959.

MERCADER, A.A. “Proyecto de código de procedimiento civil” de Eduardo Couture” en *Rev. de Derecho Procesal*. 1947, primera parte, págs. 113-139.

MILLÁN GARRIDO, C. “Plazos muertos” en *Rev. La Ley*, 1982. Vol. II.

MONTERO AROCA, J. *Introducción al derecho procesal*. Ed. Tecnos. Madrid, 1976.

—”Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal” en *Rev. Justicia*. Núm. especial. 1981. Págs. 245-256.

—*Derecho Jurisdiccional*. (Con ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER) Ed. Bosch. Barcelona, 1989.

—*La reforma de los procesos civiles*. Ed. Cívitas. Madrid, 1992.

DEL MORAL GARCÍA, A. “Estudio del art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: régimen de recursos contra autos en el procedimiento abreviado para determinados delitos” en *Rev. Poder Judicial*. 2ª época. Núm. 18, Junio de 1990. Págs. 55-69.

MORENO CATENA, V. “Fe pública y publicidad en la LOPJ” en *Rev. Justicia* 1987. Núm. I. Págs. 73-85.

—*Derecho Procesal*. (Con ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.

MORÓN PALOMINO, M. *La nulidad en el proceso civil español*. Ed. AHR. Barcelona, 1957.

MOYANO, J.A. *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos* Ed. Compañía Impresora Argentina. Buenos Aires, 1932.

DE LOS MOZOS, J.L. *La conversión del negocio jurídico*. Ed. Bosch. Barcelona, 1959.

—*La inexistencia del negocio jurídico*. Ed. Reus. Madrid, 1960.

MUÑOZ ROJAS, T. “Acerca de las condiciones del proceso penal y de la pena” en *Rev. de Derecho Procesal* 1965. Núm. II, abril-junio. Págs. 69-98.

MUÑOZ SABATÉ, LI. “Consideraciones sobre la comparecencia previa en el menor cuantía” en *Rev. Jur. de Catalunya*. 1985. Núm. 1. Págs. 47 y ss.

NÚÑEZ LAGOS, R. “Fe pública” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* T.IX. Págs. 638-668.

NIETO BLANC, E.E. *Nulidad en los actos jurídicos*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1971.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil* (Con FERNÁNDEZ, M.A.) Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.

ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional* (Con MONTERO AROCA Y GÓMEZ COLOMER) Ed. L. Bosch. Barcelona, 1989.

—”Correlación entre acusación y sentencia” en *Rev. justicia* 1991, núm. III, págs. 529-550.

—”Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia” en *Rev. Justicia*, 91. Núm. IV. Págs. 775-798.

PAJARDI, P. *Procedura civile. Istituzioni e lineamenti generali*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1989.

PALACIO, L. E. “Nulidad de sentencia firme por vicios extraformales” en *Rev. Argentina de Derecho Procesal* 1971. Núm. 1, enero- marzo. Págs. 59-70.

—*Derecho Procesal Civil*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1972.

—*Manual de Derecho Procesal Civil* Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1973.

PECES MORATE, J.E. “Publicidad y secreto sumarial” en *Rev. Justicia* Núm. especial XI, s/f. Págs. 131-147.

PEDRAZ PENALVA, E. “Notas sobre publicidad y proceso” en *Rev. Poder Judicial* Núm. especial, XI. s/f. Págs. 115-130.

—*Constitución, jurisdicción y proceso*. Ed. Akal. Madrid, 1990.

—”Acerca de la diligencia de entrada y registro en el domicilio” en *Actualidad jurídica Aranzadi*. Núm. 28, de 15 de noviembre de 1991. págs. 1-2.

PELÁEZ DEL ROSAL, M. *La competencia territorial en el proceso civil*. Ed. del autor. Barcelona, 1974.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. *La participación popular en la administración de justicia: el tribunal del jurado*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1992.

—”Aproximación al estudio del nuevo recurso de anulación. Análisis del reformado art. 797 de la LECrim” en *Rev. Justicia*. 1990. Núm. III. Págs. 623-669.

PÉREZ GORDO, A. “La admisibilidad de los actos procesales” en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1980. Núm. 1. Págs. 199-249.

DE LA PLAZA, M. *Derecho procesal civil español* Ed. Revista de Der. Priv. Madrid, 1945.

PODETTI, J.R. *Derecho procesal civil, comercial y laboral*. Ed. EDIAR. Buenos Aires, 1955.

— *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil* Ed. EDIAR. Buenos Aires, 1963.

PRIETO CASTRO, L. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed. Imprenta Saez. Madrid, 1959.

— *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*. Ed. Rev.D.Priv. Madrid, 1964. Pág. 339.

— *Tratado de derecho procesal civil* Ed. Aranzadi. Pamplona, 1985.

—”Aspectos procesales de la Ley del Jurado” en *Jornadas conmemorativas del Centenario de la Ley del Jurado*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.

— *Derecho de los Tribunales*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1989.

PROSPERETTI, M. *Contributo alla teoria dell’annullabilità*. Ed. A. Giuffrè. Milano, 1972.

PUCCINI, L. *Studi sulla nullità relativa* Ed. A. Giuffrè. Milano, 1967.

PUIG BRUTAU, J. voz: "actos ilícitos". En *Nueva Enc. Jurídica Seix*. T.II, págs. 327-330.

—*Fundamentos de Derecho Civil* Ed.L. Bosch. Barcelona, 1988.

RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y Proceso*. Ed. Bosch. Barcelona, 1978.

—*Comentarios a la reforma de la Ley de enjuiciamiento Civil* (Ob. col.) Ed. Tecnos. Madrid, 1985

—*Derecho Procesal Civil*. Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 1991.

—*El proceso penal*. Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 1991.

REDENTI, E. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1957.

RIVES SECA, A.P. "El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la Ley Orgánica 7/88 de 28 de diciembre" en *Rev. Poder Judicial*. Núm. 19, septiembre de 1990. Págs. 45-67.

ROBLEDA, O. *La nulidad del acto jurídico*. Ed. Università Gregoriana. Roma, 1964.

ROBLEDO VILLAR, A. "Nuevo acto de remate en la Ley de Enjuiciamiento Civil y fe pública judicial. Notas sobre una reforma" en *Rev. La Ley*, 1993, Núm. 3345, de 10 de septiembre.

RODRÍGUEZ ESPEJO, J. "En torno a la teoría general de la eficacia o nulidad de los actos procesales" en *Rev. de Der. Priv.* Septiembre 1976. Págs. 669-679.

ROSEMBERG, L. *Tratado de derecho procesal*. Trad de Ángela Romera. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1955.

SAAVEDRA GALLO, P. “Privilegios personales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal” en *Rev. Universitaria de Derecho Procesal*, 1988. Núm. 0. págs. 57-86.

—”Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil” en *Rev. Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)*. Núm. 1, Otoño de 1992. Págs. 171-199.

—*Comentarios sobre la reforma procesal*. (Ob. col. coord. por Fernando Gómez del Liaño). Ed. Forum. Oviedo, 1992.

SACCO, R. “Nullitá e annullabilitá” en *Novissimo Dig. It.* T. XXI. Págs. 455-467.

SÁEZ JIMÉNEZ, J.- LÓPEZ DE GAMBOA, E. *Compendio de derecho procesal civil y penal*. Ed. Santillana. 1969.

SAINZ DE ROBLES, F. “De nuevo sobre la nulidad de los actos procesales” en *Rev. Tapia* Año XII, Núm. 67. Diciembre de 1992. Págs. 9-13.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Ed. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1972.

SANTOS VIJANDE, J.M. *Declinatoria y “declinatoria internacional”* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.

SATTA, S. *Diritto processuale civile*. Ed. CEDAM. Padova, 1981.

SCHÖNKE, A. *Derecho procesal civil* Trad. de Prieto Castro y Fairén Guillén. Ed. Bosch. Barcelona, 1950.

SENTÍS MELENDO, S. “Fuentes y medios de prueba”, en *La prueba*. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1978.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de derecho procesal*. Ed. Ariel. Barcelona 1969.

—”Comentario al art. 1252 del CC” en *Comentarios al Código Civil*. (Ob. dirigida por ALBADALEJO, M.) Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1981. T. XVI.

—”El incidente de nulidad de actuaciones” en *Rev. Justicia*. Núm. especial. 1981. Págs. 43-94.

—”Balance de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Para un proceso civil eficaz*. Ed. de Ramos Méndez. Barcelona, 1982.

—”Observaciones críticas sobre el proyecto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Rev. justicia* 1983. Núm. IV. Págs. 775-822.

—”La denuncia de las nulidades procesales tras la supresión legal del incidente de nulidad” en *Rev. Jurídica de Catalunya*, 1985, Núm. 1. págs. 33-46.

—*Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. (Ob. col.) Ed. Tecnos. Madrid, 1985.

— “Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación” en *Rev. Justicia*. 1987. Núm. III. págs. 289-313.

SMILER, P. *La nullité partielle des actes juridiques*. Ed. Librairie générale de droit et jurisprudence. Paris, 1969.

SUAU MOREY, J. *El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y el recurso de casación*. Ed. Reus. Madrid, 1986.

TESORIERE, G. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Ed. Cedam. Padova, 1983.

TOMÉ PAULE, J. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R. *La fe pública judicial y las funciones del secretario en la nueva LOPJ*. Ed. Andrómeda. Madrid, 1985.

TOMEI, G. “Cossa giudicata o preclusione nei processi somari ed esecutivi” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1994, núm. 3, págs. 827-871

TRUJILLO PEÑA, J. “La subsanación de los defectos procesales en la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956” en *Rev. de Der. Proc. Ib. y Fil.* 2ª época, 1961. Núm. 4. Págs. 9-40.

VON THUR, A. *Derecho Civil*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1947.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *La casación civil: revisión crítica*. Ed. Ediser. Madrid, 1979.

—”Instituciones saneadoras del proceso civil español: excepciones dilatorias y comparecencia previa” en *Rev. Justicia*, 87. Núm. I. Págs. 19-62.

VERGÉ GRAU, J. *La nulidad de actuaciones*. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1987.

—*La rebeldía en el proceso civil* Ed. L. Bosch. Barcelona, 1989.

—”Comentario a las STC 15 de nov. 1990 sobre la constitucionalidad del art. 240 LOPJ” en *Rev. Justicia*, 1991. Núm III. Págs. 611-628.

—”La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal” en *Rev. Justicia*, 1993, núms. III y IV. Págs. 417-477.

VÉSCOVI, E. *Teoría general del proceso*. Ed. Temis. Bogotá, 1984.

VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. de L.Díez Picazo. Ed. Taurus. Madrid, 1964.

VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Ed. Cívitas. Madrid, 1986.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

I.- Resoluciones del Tribunal Supremo

- S. 9 de octubre de 1944R. 1082
- S. 27 de octubre de 1944 R. 1178
- S. 3 de enero de 1947R. 5
- S. 7 de mayo de 1949R. 577
- S. 11 de octubre de 1950R. 1572
- S. 23 de octubre de 1950R. 1684
- S. 10 de noviembre de 1952R. 2282
- S. 5 de mayo de 1953 R. 1432
- S. 25 de febrero de 1954R. 501
- S. 18 de febrero de 1960R. 910
- S. 3 de noviembre de 1960R. 3453
- S. 17 de noviembre de 1960R. 3747
- S. 18 de noviembre de 1960R. 3327
- S. 3 de febrero de 1961R. 313
- S. 6 de marzo de 1961R. 813
- S. 22 de junio de 1962R. 2823
- S. 6 de noviembre de 1965 R. 4986
- S. 21 de noviembre de 1969R. 5540

S. 2 de febrero de 1970R. 529
S. 17 de mayo de 1972R. 2187
S. 16 de abril de 1973R. 1793
A. 29 de octubre de 1973R. 3992
S. 17 de diciembre de 1977 R. 4760
S. 4 de mayo de 1978R. 2966
S. 10 de noviembre de 1978R. 3507
S. 30 de noviembre de 1978R. 4450
S. 2 de abril de 1979R. 1549
S. 1 de octubre de 1979R. 3231
S. 1 de octubre de 1979R. 3233
S. 1 de diciembre de 1979R. 4191
S. 27 de mayo de 1980R. 2266
S. 16 de junio de 1980R. 2564
S. 5 de julio de 1980R. 3112
S. 7 de mayo de 1981R. 2130
S. 9 de junio de 1981R. 2601
S. 8 de julio de 1981R. 3053
S. 21 de noviembre de 1981R. 4540
S. 21 de noviembre de 1981R. 4578
S. 21 de noviembre de 1981R. 5266
S. 2 de abril de 1982R. 2368

S. 2 de diciembre de 1982R. 7734
S. 6 de diciembre de 1982 R. 7462
S. 18 de marzo de 1983R. 1568
S. 9 de marzo de 1984R. 1418
S. 26 de mayo de 1984R. 3487
S. 5 de octubre de 1984 R. 4757
S. 23 de noviembre de 1984R. 5979
S. 29 de noviembre de 1984R. 5689
S. 7 de diciembre de 1984R. 6251
S. 27 de febrero de 1985R. 6650
S. 23 de abril de 1985R. 1900
S. 23 de abril de 1985R. 1905
S. 23 de abril de 1985 R. 2124
S. 23 de abril de 1985R. 2126
S. 22 de noviembre de 1985R. 5628
S. 13 de marzo de 1986R. 1320
S. 17 de marzo de 1986R. 1823
S. 10 de abril de 1986R. 1848
S. 27 de mayo de 1986R. 2712
S. 6 de junio de 1986R. 3115
S. 18 de septiembre de 1986R. 4683
S. 9 de octubre de 1986R. 5584
S. 9 de octubre de 1986R. 5587

S. 22 de diciembre de 1986R. 7183
S. 22 de diciembre de 1986R. 7543
S. 22 de diciembre de 1986R. 7546
S. 3 de abril de 1987R. 2486
S. 21 de abril de 1987R. 2586
S. 19 de mayo de 1987R. 3088
S. 29 de septiembre de 1987R. 6656
S. 16 de noviembre de 1987R. 8521
S. 27 de enero de 1988R. 495
S. 29 de febrero de 1988R. 1309
S. 3 de mayo de 1988R. 3455
S. 9 de junio de 1988R. 4549
S. 13 de junio de 1988R. 5269
S. 10 de julio de 1988R. 4815
S. 10 de noviembre de 1988R. 8989
S. 17 de diciembre de 1988R. 9474
S. 6 de febrero de 1989R. 1476
S. 9 de febrero de 1989R. 706
S. 13 de febrero de 1989R. 1553
S. 8 de mayo de 1989R. 4139
S. 23 de mayo de 1989R. 3834
S. 9 de junio de 1989R. 5061

S. 27 de septiembre de 1989R. 7520
S. 30 de enero de 1990R. 1647
S. 31 de enero de 1990R. 1019
S. 2 de marzo de 1990R. 2321
S. 16 de abril de 1990R. 2761
S. 30 de abril de 1990R. 2808
S. 1 de junio de 1990R. 4954
S. 8 de junio de 1990R. 5244
S. 25 de junio de 1990R. 4895
A. 10 de julio de 1990R. 5987
S. 17 de septiembre de 1990R. 7167
S. 8 de octubre de 1990R. 7600
S. 14 de noviembre de 1990R. 8711
S. 15 de noviembre de 1990R. 8909
S. 22 de noviembre de 1990R. 9016
S. 19 de febrero de 1991R. 851
S. 25 de febrero de 1991R. 1595
A. 6 de mayo de 1991R. 3555
S. 7 de mayo de 1991R. 3580
S. 3 de junio de 1991R. 4409
S. 4 de junio de 1991R. 4417
S. 12 de junio de 1991R. 4446
S. 12 de junio de 1991R. 4966

A. 11 de julio de 1991R. 5813
S. 24 de septiembre de 1991R. 6565
S. 24 de septiembre de 1991R. 6967
S. 30 de septiembre de 1991R. 6847
S. 4 de octubre de 1991R. 7270
S. 10 de octubre de 1991R. 7783
S. 10 de octubre de 1991R. 6905
S. 22 de octubre de 1991R. 7347
S. 11 de noviembre de 1991R. 8022
S. 11 de noviembre de 1991R. 8721
S. 12 de noviembre de 1991R. 8048
S. 18 de noviembre de 1991R. 9448
S. 3 de diciembre de 1991R. 8955
S. 16 de diciembre de 1991R. 9350
S. 27 de enero de 1992R. 457
S. 3 de febrero de 1992R. 870
S. 5 de febrero de 1992R. 830
S. 22 de febrero de 1992R. 1552
S. 24 de febrero de 1992R. 1424
S. 10 de marzo de 1992R. 2164
S. 24 de marzo de 1992R. 2429
S. 24 de marzo de 1992R. 2431

S. 27 de marzo de 1992R. 2336
S. 10 de junio de 1992R. 5045
A. 18 de junio de 1992R. 6102
S. 15 de marzo de 1993R. 2282
A 8 de febrero de 1993 R. 1524
S. 1 de abril de 1993R. 2982
S. 2 de abril de 1993R. 2986

II.- Resoluciones del Tribunal Constitucional

S. 9/81 de 31 de marzo
S. 16/81 de 18 de mayo
A. 55/81 de 4 de junio
S. 31/81 de 28 de julio
S. 17/82 de 30 de abril
S. 20/82 de 5 de mayo
S. 30/82 de 1 de junio
S. 32/82 de 7 de junio
S. 47/82 de 12 de julio
S. 62/82 de 15 de octubre
S. 72/82 de 2 de diciembre
S. 75/82 de 13 de diciembre

S. 19/83 de 14 de marzo
S. 29/83 de 26 de abril
S. 31/83 de 27 de abril
S. 47/83 de 31 de mayo
S. 95/83 de 14 de noviembre
S. 30/84 de 6 de marzo
S. 69/84 de 11 de Junio
S. 101/84 de 8 de noviembre
S. 104/84 de 14 de noviembre
S. 111/84 de 28 de noviembre
S. 124/84 de 18 de diciembre
S. 17/85 de 9 de febrero
S. 22/85 de 15 de febrero
S. 39/85 de 11 de marzo
S. 43/85 de 22 de marzo
S. 47/85 de 27 de marzo
S. 60/85 de 6 de mayo
S. 79/85 de 3 de julio
S. 80/85 de 4 de julio
S. 81/85 de 4 de julio
A. 514/85 de 17 de julio
S. 173/85 de 16 de diciembre

S. 15/86 de 31 de enero
S. 64/86 de 21 de mayo
S. 67/86 de 27 de mayo
A. 496/86 de 11 de junio
S. 87/86 de 27 de junio
S. 114/86 de 2 de octubre
S. 117/86 de 13 de octubre
S. 118/86 de 20 de octubre
S. 135/86 de 31 de octubre
S. 15/87 de 11 de febrero
S. 22/87 de 20 de febrero
S. 28/87 de 5 de marzo
S. 36/87 de 25 de marzo
S. 39/87 de 3 de abril
S. 47/87 de 22 de abril
S. 57/87 de 18 de mayo
S. 93/87 de 3 de junio
S. 102/87 de 17 de junio
S. 105/87 de 22 de junio
S. 112/87 de 2 de julio
S. 151/87 de 2 de octubre
S. 157/87 de 15 de octubre
S. 158/87 de 20 de octubre

S. 171/87 de 3 de noviembre
S. 173/87 de 3 de noviembre
S. 174/87 de 3 de noviembre
S. 186/87 de 23 de noviembre
S. 194/87 de 9 de diciembre
S. 19/88 de 17 de octubre
S. 25/88 de 23 de febrero
S. 39/88 de 9 de marzo
S. 113/88 de 9 de junio
S. 114/88 de 10 de junio
S. 116/88 de 20 de junio
S. 137/88 de 7 de julio
S. 143/88 de 12 de julio
S. 145/88 de 12 de julio
S. 174/88 de 3 de octubre
S. 176/88 de 4 de octubre
S. 191/88 de 17 de octubre
A. 514/88 de 4 de noviembre
S. 237/88 de 13 de diciembre
S. 20/89 de 31 de enero
S. 22/89 de 1 de febrero
S. 32/89 de 1 de febrero

S. 36/89 de 14 de febrero
S. 71/89 de 20 de abril
S. 92/89 de 22 de mayo
S. 135/89 de 19 de julio
S. 196/89 de 27 de noviembre
S. 202/89 de 30 de noviembre
S. 55/90 de 22 de marzo
S. 145/90 de 1 de octubre
S. 153/90 de 5 de octubre
S. 175/89 de 12 de noviembre
S. 185/90 de 15 de noviembre
S. 186/90 de 15 de noviembre
S. 190/90 de 26 de noviembre
S. 195/90 de 29 de noviembre
S. 54/91 de 11 de marzo
S. 55/91 de 12 de marzo
S. 72/91 de 8 de abril
S. 90/91 de 25 de abril
S. 154/91 de 10 de julio
S. 155/91 de 10 de julio
S. 245/91 de 16 de diciembre
S. 6/92 de 16 de enero
S. 56/92 de 8 de abril

- S. 130/92 de 28 de septiembre
- S. 139/92 de 13 de octubre
- S. 10/93 de 18 de enero
- S. 75/93 de 1 de marzo
- S. 160/93 de 17 de mayo
- S. 162/93 de 17 de mayo
- S. 165/93 de 18 de mayo

III.- Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- S. 13 de mayo de 1980 (caso Artico).
- S. 12 de febrero de 1985 (Caso Colozza).
- S. 06 de diciembre de 1988 (Caso Barberá, Mensegué y Jabardo).
- S. 20 de noviembre de 1989 (Caso Kostovski).
- S. 27 de septiembre de 1990 (Caso Windich).
- S. 26 de abril de 1991 (Caso Asch).
- S. 28 de agosto de 1992 (Caso Artner).
- S. 12 de octubre de 1992 (Caso T).
- S. 16 de diciembre de 1992 (Caso Hadjianastassiou).
- S. 26 de marzo de 1993 (caso Ruiz Mateos)
- S. 24 de junio de 1993 (Caso Schuler-Zgraggen).

- S. 20 de septiembre de 1993 (Caso Saïdi).
- S. 23 de noviembre de 1993 (Caso Poitrimol).
- S. 25 de noviembre de 1993 (Caso Holm).
- S. 23 de febrero de 1994 (Caso Fredin).