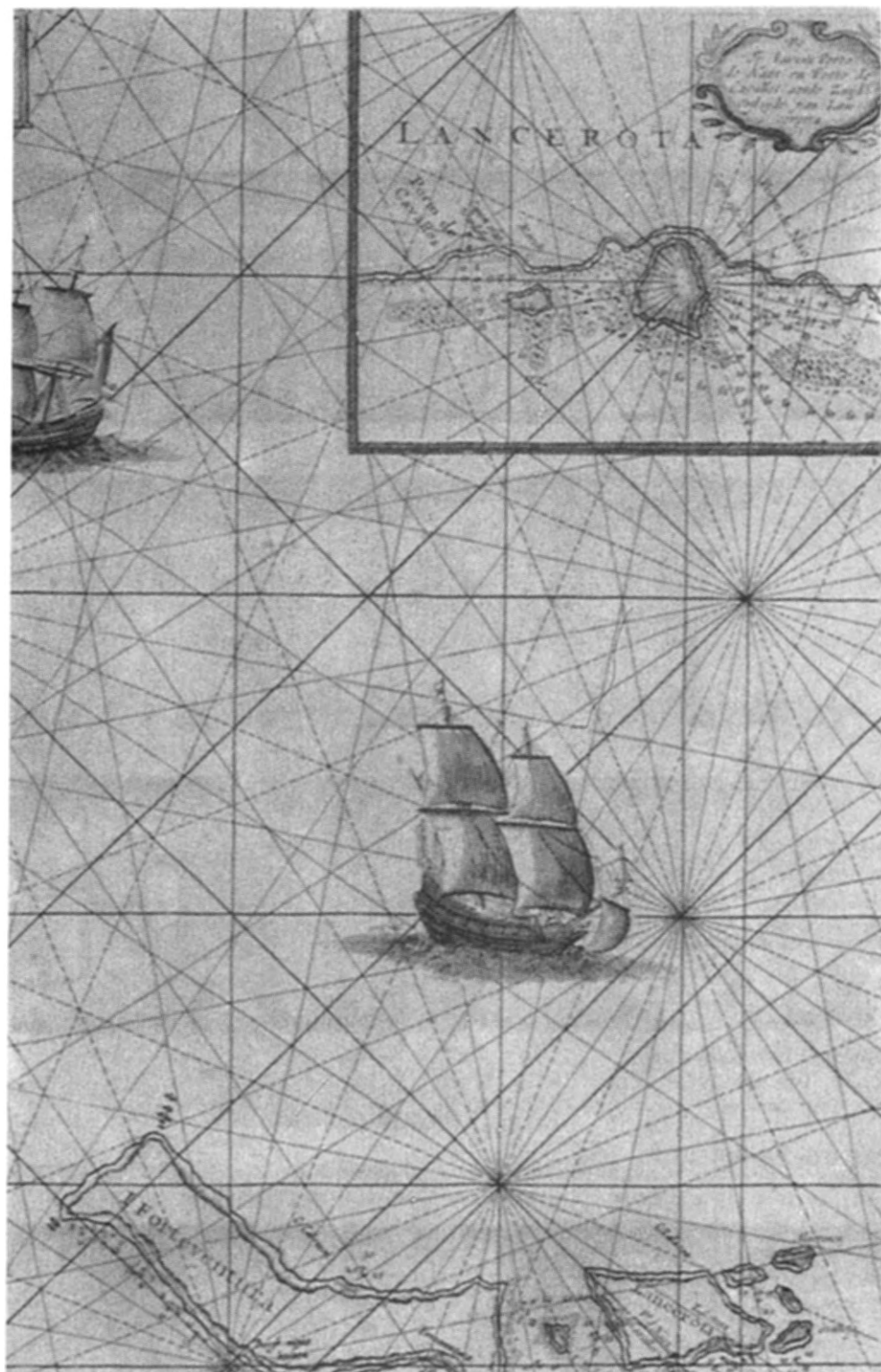


Revista del Foro Canario



82

Las Palmas de Gran Canaria, 1991

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LA NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCESO CIVIL

RICARDO MOYANO GARCÍA
MAGISTRADO

SUMARIO

1. PREÁMBULO.
2. LA NULIDAD DEL PROCESO CIVIL.
3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA NULIDAD EN EL PROCESO CIVIL.
4. SITUACIÓN FUTURA.

1. PREÁMBULO

Se ha dicho que una sociedad en la que las relaciones entre sus miembros se desarrollaran sin necesidad del recurso a la coerción, podría prescindir del Derecho. Esta visión quimérica del existir humano se contrapone al clásico axioma de SANTI ROMANO: “Ubi societas, ibi ius”. Si trasladáramos la utopía al propio interior del Derecho podríamos decir igualmente que en un ordenamiento en que los actos jurídicos se desarrollaran siempre conforme al modelo previsto por la norma podría prescindir de la categoría de la nulidad. Sin embargo, también aquí la realidad se encarga de demostrar que la regulación de la nulidad, como un revés o negativo del acto válido, ha de encontrar acomodo en cualquier sistema desarrollado de normas.

El instituto de la nulidad, en efecto, pertenece a la Teoría General del Derecho, y por igual se habla de un contrato civil, mercantil o laboral nulo, que de la nulidad de los actos de policía administrativa, o de la liquidación de un impuesto. También la categoría de la nulidad tiene vigencia en las ramas del Derecho llamémosle Adjetivo. Es decir, en aquellas normas que disciplinan no lo que el Derecho es, sino el cómo se aplica: la regulación de los expedientes (Derecho administrativo, laboral, mercantil...) en que interviene una Administración pública, o (Derecho Procesal) un órgano del Poder Judicial. La singularidad de la nulidad del expediente o proceso ha sido tradicionalmente el efecto multiplicador de la anulación, pues al insertarse el vicio en el “iter” procedimental se afirmaba que acarrearba la nulidad de todos los actos subsiguientes, los cuales, aunque de por sí fueran válidos, como producto de la secuencia causal del trámite entero, quedaban “contaminados” de irregularidad. Conclusión ésta desterrada ya de la moderna legislación administrativa —a medio camino de los principios de subsanación y de conservación de los actos—, pero sólo recientemente de la legislación judicial, concretamente a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, tributaria en muchos aspectos precisamente de las leyes administrativas.

Interesa a este breve artículo el análisis concreto de la anulación de actuaciones en los procesos judiciales, y más limitadamente, en el proceso civil. Pero sin abandonar todavía el marco de las generalidades, añadamos que en los últimos años, apremiada la Justicia por las diversas solicitudes de la prisa, la categoría del acto nulo se ha multiplicado: el incremento del número de asuntos,

el precipitado rejuvenecimiento de la Carrera Judicial —y de la Abogacía, la Procura...—, las no menos aceleradas, pero confusas, reformas de las leyes vigentes, han creado la paradójica situación de que, a la búsqueda de la resolución rápida, se incurra en frecuentes errores que desembocan en la declaración de nulidad de actuaciones, la marcha atrás del proceso como en el mito de Sísifo, y en suma el incremento “ad nauseam” de las indebidas dilaciones que se trataban de evitar, por constitucional mandato.

Confiemos en que el futuro traiga mejores vientos al aplicador del Derecho, y la categoría de la nulidad procesal sea una figura si no escolástica, sí por lo menos infrecuente.

En cualquier caso, y producido con la repetición cuantitativa que se quiera el acto procesal nulo, la reparación se produce mediante la declaración de la nulidad en acto procesal ulterior. Ahora bien, ¿debe emanar ese acto del propio órgano jurisdiccional en el que el acto nulo se ha residenciado, y en el mismo proceso? ¿O debe atribuirse la competencia a órgano distinto y de superior jerarquía? Desde luego, la primera posibilidad favorece la celeridad, aunque a costa de introducir factores de incertidumbre sobre la intangibilidad de los actos procesales, y por lo tanto perjudica a la seguridad jurídica. La segunda posibilidad favorece la seguridad, aunque dilata todavía más el proceso. El mismo choque de principios resulta de otra cuestión, la de los límites de la anulación. ¿Podrán atacarse también sentencias firmes? ¿En cuáles casos? Una elevación del listón de la nulidad mermará la seguridad, a beneficio de la equidad y la justicia, y viceversa.

En definitiva, el acto irregular supone la discordancia entre el acto abstracto previsto por la norma y el acto real acontecido. La regulación de la nulidad nos dirá en primer término qué irregularidades determinan un acto nulo y cuáles irregularidades no son invalidantes; en segundo lugar, qué actos nulos pueden subsanarse y cuáles, insubsanables o no subsanados, pueden declararse con determinados límites, nulos, y por cuál Autoridad, y qué actos, por el contrario, pese a su nulidad objetiva, van a producir efecto pese a todo en aras del principio superior de la seguridad jurídica, que exige que, antes o después, los actos procesales cristalicen y se rodeen de la cualidad de inatacables. Pues sólo así el cómo del Derecho permitirá alcanzar también su ser, que es a lo que en rigor el Derecho procesal se dirige.

2. LA NULIDAD DEL PROCESO CIVIL

En el proceso civil patrio ha habido una gran variación legislativa en los últimos años, agravada por las vacilaciones jurisprudenciales, por lo que deben señalarse cuatro etapas:

- a) Situación anterior a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 34/1984, de 6 de agosto.
- b) Situación tras la reforma de la L.E.C. por Ley 34/1984, de 6 de agosto.
- c) Situación tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de Julio, arts. 238 a 240.
- d) Decantación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 240.

a) Situación hasta la reforma de la L.E.C. por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

En el texto de la Ley adjetiva civil anterior a la reforma de 6 de agosto de 1984, podemos encontrar preceptos referentes a la nulidad de doble naturaleza:

—Normas singulares que prevén la nulidad de específicos actos procesales.

* Art. 74: “... el Juez que se crea incompetente por razón de la materia podrá abstenerse de conocer, oído el Ministerio Fiscal, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda. Igual facultad tendrán las Audiencias y el Tribunal Supremo al conocer de las actuaciones en virtud de los recursos de apelación o de casación ante ellos interpuestos. Cuando así lo hicieren declararán la nulidad de todo lo actuado, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda...”.

* Art. 249: “Las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público a quien corresponda dar fe o certificar el acto”.

* Art. 256: “Las actuaciones judiciales habrán de practicarse en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad”.

* Art. 442: “Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza. Los Jueces y Salas que hubiesen cedido a la intima-

ción o a la fuerza, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables”.

* Art. 279: “Serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos no practicados con arreglo a lo dispuesto en esta sección...”.

También en otros artículos, de forma similar al art. 74 citado, se alude a la posibilidad de que un órgano superior anule las actuaciones del órgano “a quo” al conocer de recurso, pues la nulidad procesal, los óbices adjetivos, son siempre previos al estudio de la cuestión de fondo objeto del recurso.

* Un precepto general sobre la nulidad de actuaciones, el incidente previsto por el art. 742, ya que este precepto permite plantear como incidente del proceso las cuestiones que tuvieran relación... “con la validez del procedimiento”.

La jurisprudencia interpretativa de estos preceptos afirmaba: 1: Que las normas procesales son de orden público, y que por lo tanto también el propio Juez podía de oficio decretar la nulidad de los actos. 2: Que el llamado “incidente” de nulidad no era en realidad incidente sino recurso, y concretamente un recurso de carácter extraordinario, que sólo cabía deducir cuando estaban agotados los recursos ordinarios —reposición, apelación, casación, etc.—. 3: Que sin embargo no cabía pedir la nulidad sino antes de la sentencia firme, a no ser que la nulidad se refiriera a la fase de ejecución de dicha sentencia. 4: Que ni siquiera cabía plantear en un nuevo juicio declarativo la pretensión de nulidad del juicio anterior, salvo concretas excepciones (STS 3-11-1960, ó 10-4-1963) en que sí cabía este segundo juicio, por vicios tan clamorosos como la falta de emplazamiento de una parte.

No obstante, la práctica había desbordado la pretensión legisladora sobre el incidente de nulidad, que, abusivamente utilizado, suponía, más que una reparación de defectos del proceso, una vía para dilatar “ad aeternum” la conclusión del proceso. La perspectiva constitucional del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas (art. 24-2º de la C.E.) exigía un recorte de las posibilidades de anulación del proceso. Este objetivo fue acometido drásticamente por la Ley 34/1984, 6 de agosto.

b) *La nulidad en la L.E. Civil tras la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto.*

El art. 742 de la ley reformada ha variado sustancialmente: se elimina la posibilidad de promover incidente que se refiera a la validez del procedimiento,

frase suprimida en el párrafo primero, mientras que el párrafo segundo explícitamente prohíbe el incidente de nulidad, y reconduce las peticiones de nulidad a los recursos ordinarios que se interpongan contra las resoluciones judiciales. Es decir, que parece excluirse una anulación de oficio, y en cuanto a la producida a instancia de parte, sólo puede obtenerse cuando se incorpore la petición como contenido de un recurso del tipo ordinario —reposición, apelación, etc.—, eliminándose el “plus” impugnatorio que suponía el jurisprudencialmente denominado recurso extraordinario de nulidad. Se gana en seguridad jurídica a costa de cristalizar irreversiblemente errores procedimentales no denunciados oportuna y diligentemente por las partes.

La crítica que mereció esta regulación casi draconiana de la nulidad de actuaciones fue diversa. Por un lado se alababa la supresión del incidente de nulidad en cuanto entorpecedor del curso del pleito principal o en todo caso significativo de un recurso dilatorio más. Pero por otro se criticaba la reducción del instrumento de la alegación de la nulidad, al entenderse que no siempre la nulidad se puede hacer valer mediante el recurso ordinario de reposición o apelación.

c) *Las innovaciones introducidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de agosto de 1985.*

Sorpresivamente, muy poco después de la señalada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada un año más tarde rectifica parcialmente el cerrado campo a la anulación de actuaciones que había delimitado la reformada L.E. Civil, y, realizando una regulación de la nulidad procesal que toma como modelo a las leyes administrativas, después de confirmar que la nulidad debe ser pedida por las partes mediante recursos ordinarios (art. 240-1º), añade una frase que ha sido calificada de oscura, al abrir una indefinida puerta a otro instrumento de nulidad mediante “los demás medios que establezcan las leyes procesales”, que quizá, al margen de tener la finalidad de no establecer un “numerus clausus” que constriña futuras regulaciones de la ley procesal ordinaria, se refiera a casos ya vigentes como los artículos de previo pronunciamiento del proceso penal, en que no puede hablarse propia ni impropia de recurso, sino de incidente. Y por otra parte, y esto es lo novedoso, indica un tercer instrumento de nulidad, no ya a instancia de parte sino de oficio por el Juez que conoce de las actuaciones —implícitamente ha de suponerse que es éste y no otro Juez el mencionado por la Ley—: Art. 240-2º: “Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá de oficio, antes de que hubiera recaído sentencia definitiva, y siempre que no pro-

ceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

Pero antes de proceder al análisis del segundo párrafo del art. 240, veamos someramente el esquema general de la nulidad de actuaciones a que responde la Ley Orgánica del Poder Judicial:

1. Acotación taxativa de los casos de nulidad de pleno derecho, que parecen corresponder a la categoría de la nulidad radical del acto jurídico, a diferencia de la mera anulabilidad. Estos casos son, según el art. 238:

*“Cuando se produzcan los actos judiciales con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional”. Norma obvia, que se corresponde con la regulación de las clases de jurisdicción y de la competencia de cada órgano en la primera parte de la Ley.

*“Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave”. Traspone el art. 666 de la vieja L.O.P.J. de 1870, y por otra parte da generalidad al art. 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sin paralelo expreso en las leyes rituales de otras jurisdicciones) aunque además desarrolla el concepto de intimidación invalidante, trasladando al campo judicial los requisitos que ya fijaba para el Derecho sustantivo el art. 1267-2º del C. Civil, en materia de consentimiento contractual. Aunque algunos autores hablan en el caso del art. 238-2º de “Consentimiento judicial” es evidente que la resolución judicial nunca es fruto de la voluntad del Juez —libre o forzada— sino de la aplicación de la ley, por lo que el término “consentimiento” es aquí una infeliz licencia de lenguaje.

*“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”.

Éste es el caso más frecuente e importante, pero también el más oscuramente descrito. Se defiende al Juez —salvo que el desarrollo de la ley ordinaria recorte “de lege ferenda” su arbitrio— el precisar qué trámites son de esencia y en qué casos se han vulnerado los principios constitucionales de libre contradicción y derecho a la defensa letrada y además este ataque al principio ha dejado indefensa a la parte.

Además de los casos del art. 238, que son de nulidad de pleno derecho, según el art. 240-1º también son impugnables los actos de forma defectuosa,

siempre que determine la falta de algún requisito indispensable para alcanzar su fin o la indefensión de la parte. La distinción entre esta categoría de actos y los del art. 238 no es clara, aunque podría estar en la vieja distinción en Teoría General de Derecho entre nulidad radical (limitada a los supuestos del 238) y simple anulabilidad (donde se incluirían los casos del art. 240). Así resulta de la regulación paralela de la nulidad de los actos administrativos, donde se distingue con más claridad entre actos nulos de pleno derecho (los del art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo) de los actos anulables (los del art. 48 y 49). Queda sin dilucidar si la distinción entraña distintas consecuencias en la declaración de la nulidad, entre ellos el de los respectivos efectos “ex tunc” o “ex nunc” de la anulación.

2. Principios de conservación y subsanación: Acotado estrechamente el campo de la nulidad, se potencian los principios alternativos de subsanación y conservación de actos irregulares o independientes —aunque posteriores— del acto nulo. Con el principio de la subsanación se destierran arraigadas costumbres formalistas —a veces más que formalistas formulistas— de la práctica forense, que con el prurito de atender a la igualdad procesal de las partes aplicaban rigurosamente el principio de preclusión de los actos procesales. La conservación del acto supone por su parte el destierro del axioma de inexorable concatenación de los actos procesales, de suerte que la nulidad de uno de ellos acarrea la de todos los siguientes, como castillo de naipes.

—Subsanación: El art. 243 expresa 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”, con escaso desarrollo todavía en la legislación, pudiéndose citar como norma importante el art. 693 de la L.E. Civil, posibilidad de subsanaciones en la comparecencia del juicio declarativo de menor cuantía. También alude a la subsanación el propio art. 240-2º L.O.P.J. Los actos irregulares quedan, por la subsanación, convalidados, es decir, sanados (véase el art. 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo.).

—En cuanto a la conservación del acto, lo expresa con claridad el art. 242: “1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de los demás del mismo que sean independientes de aquélla”. Se ha trasladado aquí el contenido sustancial del art. 50 de la L.P.A. ya citada. Por el contrario, se omite el contenido del art. 52. que obliga a la autoridad que declara la nulidad a precisar los actos que

conservan validez. Pero lógicamente, pese a esta omisión, y para evitar confusión, también el Juez que declara la nulidad parcial deberá igualmente determinar el alcance de la anulación y de los actos o partes de acto que conservan validez.

3. Instrumentos de impugnación: Según el art. 240 L.O.P.J. hay tres medios de ataque del acto nulo:

* El recurso ordinario o extraordinario establecido por la ley para impugnar la resolución de que se trate (240-1º).

* Anulación por el propio Juez o Tribunal que conoce del asunto, aunque no se haya interpuesto recurso. La anulación puede ser de oficio o a instancia de parte, y el único límite temporal es que no se haya dictado sentencia definitiva. (240-2º L.O.P.J.).

* “Los demás medios que establezcan las leyes procesales”. (240-1º L.O.P.J.) Esta expresión ha sido calificada de ambigua, pero parece pretender el legislador no cerrar las vías de nulidad que pueda desarrollar la ley ordinaria, y aludir a remedios tales como el viejo incidente de nulidad, de momento abolido en la L.E. Civil, pero sí admitido en el proceso penal al amparo del artículo de previo pronunciamiento del art. 666 de la L.E. Criminal, según constante jurisprudencia.

Y llega el momento de analizar más en extenso este segundo párrafo del art. 240 de la L.O.P.J., principal novedad para el proceso civil con respecto a lo normado por la L.E. Civil. Destaca de su contenido lo siguiente: 1. De un lado, no sólo legitima al Juez para anular sus resoluciones de oficio, sino que está posibilitando que las partes —o incluso terceros— insten la declaración de nulidad de oficio una vez agotados, o decaídos por no interpuestos, los recursos ordinarios, con lo que viene a reproducirse en la práctica la situación anterior a la reforma de la L.E. Civil. 2. Se limita sin embargo la facultad autoanulatoria del Juez al ámbito del “proceso vivo”, puesto que no cabe anulación cuando se ha dictado sentencia definitiva, concepto que hay que entender equivalente, por la “ratio” del precepto, al de auto definitivo. Esta limitación es respetuosa con la diferenciación de la jurisdicción en grados, de modo que, una vez dictada la sentencia definitiva, los vicios procesales ya sólo podrían ser corregidos por el órgano superior al conocer de recurso (apelación, casación). De ahí que cuando un Juzgado o Tribunal dicte sentencia definitiva se afirme que “pierde la jurisdicción” para pronunciarse nuevamente sobre la misma cuestión —lo cual queda deferido al órgano superior—, y por esta razón

tampoco podría ya anular su propia sentencia ni actos procesales anteriores que condujeran al mismo efecto por aplicación del principio de anulación en cascada de los actos subsiguientes (efecto de todos modos no obligado de acuerdo con el art. 242 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ahora bien, cuando la sentencia no ha sido recurrida, o es irrecurrible de por sí, además de definitiva es una sentencia ya firme, una sentencia que ha ganado el efecto de cosa juzgada y no es revocable ya por los órganos jurisdiccionales. Algunas podrán ser atacadas todavía por remedios de tipo rescisorio —recurso de revisión o de audiencia al rebelde, por ejemplo—; la mayor parte, ni siquiera eso. Pero ¿y si se detecta después un vicio anulatorio del procedimiento? En este caso, y aparte los limitados remedios rescisorios que contemplan las leyes procesales penal y civil, podría caber el recurso de amparo constitucional, previsto por el art. 53 de la Constitución, y por la Ley Orgánica 2/1979, a interponer en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, siempre y cuando se haya vulnerado un derecho constitucional en dicho proceso (art. 43 y concordantes de la Ley 2/1979). Con lo cual, el Tribunal Constitucional parece el órgano llamado a anular las resoluciones incursas en nulidad cuando se haya conculcado un derecho fundamental y no obstante ello los órganos jurisdiccionales ordinarios hayan dictado ya la sentencia firme.

El esquema dibujado, que parece corresponder a una lectura natural del art. 240-2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a pesar de suponer una extensión de la autoanulación con respecto a la situación que, para el proceso civil, definía la L.E. Civil reformada, sigue primando el principio de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada, pero fuerza a los particulares a acudir a un órgano extraño al Poder Judicial, único para todo el Estado, y cargado de trabajo, para, recargándolo aún más, obtener la nulidad de un modo costoso y lento. ¿No habría otra interpretación posible, más flexible, del art. 240-2º, que permitiera a los órganos jurisdiccionales ordinarios declarar la nulidad de sus propias sentencias, con gran economía procesal? Pero, de hacerlo, ¿no se estaría derrumbando el principio constitucional de la seguridad jurídica, al arrojar sobre toda la constelación de sentencias firmes de los Tribunales la duda sobre su auténtica condición de firmeza, haciendo desaparecer la noción misma de la “cosa juzgada”? A este dilema se ha enfrentado el Tribunal Constitucional en los últimos años, sin que probablemente se haya dicho aún la última palabra.

c) *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 240-2º de la L.O. del Poder Judicial.*

* Hasta la STC 110/88, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional, al conocer de recursos de amparo, se había limitado a recordar el contenido del art. 240 de la L.O.P.J., sin plantearse el posible conflicto entre la cosa juzgada y los derechos fundamentales constitucionales. En la polémica sentencia 110/88, de 8 de junio, acogió una novedosa interpretación del art. 240-2º de la L.O.P.J., según la cual la expresión “sentencia definitiva” que emplea la ley no es igual a sentencia que resuelve una instancia, sino a sentencia totalmente ejecutada, o más exactamente, “sentencia definitivamente ejecutada”, por lo cual la vía de la nulidad de oficio o a instancia de parte, decretada por el propio órgano que conoce de las actuaciones, es posible mientras todavía no se haya ultimado la ejecución de la sentencia.

Esta interpretación no puede ser compartida y mereció numerosas críticas (GÓMEZ DE LIAÑO, VALLS GOMBAU, entre otros). En realidad, el concepto de sentencia definitiva estaba ya acuñado por la doctrina y la propia ley (art. 369 o 1690 de la L.E. Civil por ejemplo, o el propio art. 245 de la L.O.P.J.) como equivalente a resolución que decide una instancia, momento en que el órgano se dice que pierde ya la jurisdicción, que podrá deferirse a órgano superior en caso de recurso o estar agotada a efectos declarativos si la sentencia es además firme e irrecurrible, pero en cualquier caso de ninguna fuente puede tomarse esa novedosa interpretación de sentencia no definitiva equivalente a no totalmente ejecutada. En realidad, como ha indicado GUI MORI, el Alto Tribunal quiere consagrar en dicha sentencia una “mentira técnica consagrada por la necesidad” en la célebre expresión de Rudolf IHERING.

El dilema en el que el Tribunal se situaba es el de mantener por la sanción de la cosa juzgada una sentencia penal cuyo contenido era de condena a pena privativa de libertad, ciñendo el art. 240-2º L.O.P.J., o permitir una interpretación más flexible de la norma, que permitiera al propio Juez anular su sentencia y las actuaciones ulteriores al momento en que se vició el proceso, por defectos de citación del acusado. Consideraba el Tribunal que, de mantener la interpretación literal del art. 240 “ello nos llevaría necesariamente a hacer uso de lo dispuesto en el art. 55.2 de nuestra Ley Orgánica, para llevar la cuestión (de inconstitucionalidad) ante el pleno de este Tribunal” (Fundamento Tercero). Como ya sabemos, el Tribunal opta por la solución heurística de equiparar “sentencia definitiva” a “del todo ejecutada”, con lo cual el propio Juez hubiera podido anular la sentencia, y en consecuencia otorga el amparo.

La sentencia no deja de ser cautelosa, ya que paladinamente declara que “ciñe el análisis al proceso penal”, marco en el que se producen los mayores conflictos, ya que de todas las injusticias posibles la mayor sería desde luego la ejecución de una pena carcelaria en virtud de una sentencia a la que se ha llegado tras actos procesales que han producido indefensión. Ahora bien, no es fácil, —salvo que multipliquemos “la mentira técnica”!—, el sostener que el mismo precepto, el art. 240-2º de la L.O.P.J., que es de aplicación a todas las jurisdicciones, se pueda interpretar de distintas maneras según se trate de juicio criminal o de naturaleza distinta. Y si abrimos la veda al Juez ordinario, haciendo desaparecer el límite a sus facultades anulatorias que contenía el citado art. 240-2º, la quiebra de toda seguridad jurídica está próxima, siendo como es la seguridad jurídica —de la cual el efecto de cosa juzgada es concreta emanación— un principio informador del ordenamiento jurídico, según el art. 9-3º de la Constitución. La interpretación de la sentencia 110/1988 incluso puede pugnar con el art. 117 de la Constitución, que obliga a los Jueces y Tribunales a juzgar primero y a ejecutar lo juzgado después. Si una vez juzgado el asunto y comenzada su ejecución pudiera volverse todo atrás de manera tan fácil, el órgano judicial podría estar desconociendo sus propias obligaciones constitucionales. Este y otros riesgos han sido señalados por el Auto dictado en el rollo de apelación 54/90, de fecha 12 de diciembre de 1990, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas. Entre éstos, la infracción del art. 267-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prohíbe a los Jueces variar sus sentencias una vez dictadas, salvo para aclararlas, o la posibilidad que se abriría de que un órgano inferior pudiera anular sentencias de la Audiencia o del Tribunal Supremo, o del propio Tribunal Constitucional.

No cabe, desde luego, desconocer la cicatería con que admite la ley vigente la rescisión de sentencias firmes, ya que el recurso de revisión es competencia sólo del Tribunal Supremo y cabe únicamente en concretos supuestos. Pero el remedio parece que debe venir más de ampliar estos cauces u otros que de atribuir una incondicionada facultad de anular sentencias firmes a cualquier órgano judicial de la planta. Con lo cual además se produce la flagrante contradicción de que graves sucesos deben purgarse mediante un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, mientras que para un número mucho mayor de casos de inferior gravedad cabría la solución anulatoria sin salir del órgano judicial de origen, y mediante un trámite poco menos que inmediato, que incluso podría causar indefensión ahora de las otras partes. Incluso, la STC 110/88 entra en contradicción con el propio cuerpo de doctrina del T.C. sobre el derecho a la tutela efectiva, que según las SS 205/88 y 12/89, incluye no sólo el derecho a la ejecu-

ción de las resoluciones firmes sino también el respeto a la firmeza de estas mismas resoluciones y la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas.

* La STC 22/1989 de 1 de febrero supuso un retorno al marco clásico anterior a la STC 110/1988, y en alguno de sus razonamientos la contradice abiertamente. Se trataba de un caso de proceso civil en segunda instancia, en que había recaído sentencia definitiva sin oír al interesado, a pesar de haberse éste personado, por un error del Tribunal. El propio Tribunal no pudo anular su sentencia por aplicación del art. 240-2º L.O.P.J., al no realizar la vanguardista interpretación de la citada STC 110/1988, y el Alto Tribunal, sorprendentemente, confirma ahora esta tradicional interpretación (sentencia definitiva igual a la que resuelve una instancia), afirmando que es la única posible: “No existe cauce legal para acceder a la petición de nulidad, puesto que ya había recaído sentencia — y sentencia definitiva— en la segunda instancia, lo que es coherente con el respeto a la cosa juzgada y por tanto también al principio de seguridad jurídica”.

¿Qué solución cabe entonces para hacer valer el principio de audiencia bilateral? Según la expresada sentencia, el legislador de la L.O.P.J. tenía en mente precisamente la existencia del recurso de amparo ante el propio Tribunal Constitucional e incluso el que aún no se ha desarrollado para ante la jurisdicción ordinaria, como vía ante la preclusión de la facultad del Juez del proceso para autoanular las actuaciones viciadas, por el límite impuesto por el art. 240 al haber recaído ya sentencia definitiva. Con la ventaja de que la jurisdicción unificadora del Tribunal Constitucional al conocer de los recursos de amparo evitaría la inseguridad jurídica de la eventual aparición de diversos criterios judiciales en la aplicación casuística de los decretos de nulidad.

En resumen, para esta sentencia, y aun a riesgo de que se colapse el Tribunal Constitucional, la misión de este Tribunal como garante de los derechos fundamentales la convierte en organismo llamado a resolver, a través del amparo, las contradicciones entre la santidad de la cosa juzgada y el quebranto de derechos fundamentales en el proceso. Implícitamente, esta sentencia descarta que el art. 240-2º de la L.O.P.J. esté incurso en inconstitucionalidad, a pesar de descartar la interpretación que de esa norma había dado la STC 110/88.

* STC 211, 212 y 213/89: Estas tres sentencias, más recientes todavía, suponen una pirueta más del Alto Tribunal evidenciando las dificultades del problema. Estas tres sentencias, redactadas por el mismo Ponente (Truyol Sierra)

y concernientes a tres casos también de proceso civil en segunda instancia, venían a suponer una doctrina intermedia entre la 110/88 (nueva interpretación del art. 240-2º para evitar la inconstitucionalidad de la norma) y la 22/89 (innecesariedad de nueva interpretación y ajustamiento de la hermenéutica clásica del precepto a la Constitución). Por contra, estas tres sentencias no se atreven a postular la interpretación de la 110/88, pero indican que, si esa interpretación no es posible, puede haber verdaderamente causa de inconstitucionalidad en el art. 240-2º L.O.P.J., por incidir en estos supuestos el respeto a la cosa juzgada en privación del derecho a la tutela judicial efectiva, decidiendo la elevación de la cuestión al Pleno, sin perjuicio de, en aplicación de la doctrina ya sentada por la 22/89, conceder el amparo y anular “*motu proprio*” las actuaciones. Es decir, duda el Tribunal de si el Juez ordinario podría, tras sentencia, haber anulado las actuaciones, y, sin atreverse a despejar la duda por el lado afirmativo, sostiene que, de resolverse por el lado de la negativa, el art. 240-2º podría ser inconstitucional.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque útil a la comunidad jurídica, no deja de ser paradójico, pues se acude a este procedimiento sin haber despejado la duda de si es posible por vía interpretativa acomodar la norma al ordenamiento constitucional, actividad interpretativa que es previa a la cuestión de inconstitucionalidad, según el art. 5-3º de la propia L.O.P.J.

* Los pronósticos sobre el resultado de la cuestión de inconstitucionalidad eran favorables a su estimación. Sin embargo, la sentencia recaída, 185/1990, de 15 de noviembre, ha declarado que el art. 240 no está incurso en inconstitucionalidad, con respecto a ninguno de los dos derechos fundamentales citados como atacados por el art. 240: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en relación con el carácter subsidiario del recurso de amparo definido por el art. 53-2º de la Constitución y el derecho a la tutela judicial, arts. 24-1 y 2 respectivamente.

Afirma el T.C. en esta sentencia que el mero hecho de que el recurso de amparo sea extraordinario y subsidiario no supone que el tener que recurrir a él por no quedar otro suponga una dilación indebida del proceso. Pasará a ser un recurso común a todas las violaciones de derechos fundamentales cometidas a medio de sentencias ya firmes, pero no por ello supone un retardo indebido, siempre y cuando los sucesivos recursos, incluido el de amparo, se resuelvan en plazos razonables. En cuanto al derecho a la tutela judicial, el hecho de que el poder judicial no pueda, una vez recaída sentencia firme, reparar ya los per-

juicios inconstitucionales causados por esa sentencia, pudiendo hacerlo solamente el Tribunal Constitucional, no es resultado que se derive precisamente del art. 240 de la L.O.P.J., sino del insuficiente desarrollo de los mecanismos legales para reparar tales infracciones en sede de jurisdicción ordinaria, y concretamente dos mecanismos: a) Los remedios rescisorios de sentencias firmes, como el recurso de revisión, anulación, audiencia al rebelde, etc., angostamente regulados por la ley. b) El recurso de amparo ante la jurisdicción ordinaria, previsto por la Constitución en su art. 53-2º pero pendiente todavía de desarrollo legislativo.

El Tribunal Constitucional, pues, insta a realizar una interpretación lo más amplia posible de los remedios rescisorios de sentencias firmes, y por otra parte se dirige implícitamente al legislador urgiéndole el desarrollo de los mecanismos legales ya señalados, concretamente el recurso de amparo ordinario.

En cuanto a cómo debamos interpretar el art. 240-2º de la L.O.P.J., parece claro que el Tribunal abandona la posición mantenida en la STC 110/88, y se acoge a la interpretación tradicional de sentencia definitiva como aquella que pone fin a una instancia.

3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA NULIDAD EN EL PROCESO CIVIL

El marco actual viene definido por la Sentencia del Tribunal Constitucional que desestima la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que, pendientes del desarrollo legislativo al que el Tribunal urge, podemos resumir los trámites e instrumentos de la nulidad:

I. Por el propio órgano que conoce del proceso (art. 240-1º L.O.P.J.) siempre y cuando se recurra —reposición, súplica— la resolución que incurre en nulidad, y siempre cuando no haya recaído sentencia definitiva, a la que hay que equiparar los autos definitivos, por el juego del art. 267-1º L.O.P.J., irrevocabilidad de autos y sentencias después de firmadas.

II. También por el propio órgano que conoce del asunto, si no se ha recurrido la resolución viciosa, y de oficio o a instancia de parte, y una vez oídas todas las partes personadas, pero siempre y cuando tampoco haya recaído sentencia o auto definitivo (art. 240-2º L.O.P.J.).

III. El órgano superior de la jurisdicción ordinaria podrá también anular las actuaciones siempre y cuando a su vez no haya dictado su sentencia definitiva, y de oficio o a instancia de parte (art. 240-1º) o en virtud de recurso (art. 240-2º). Ahora bien, como quiera que el órgano superior sólo tiene competencia funcional sobre el asunto si la parte ha recurrido la resolución del inferior el recurso siempre será necesario. La diferencia es que en el supuesto del art. 240-1º el recurso tiene como contenido parcial o único la petición de nulidad, y en el supuesto del art. 240-2º el recurso tiene un objeto distinto, pero se puede aprovechar la tramitación del recurso para el pronunciamiento de la nulidad, con retroacción de actuaciones. No cabe en este caso argüir la “*reformatio in peius*” puesto que las normas procesales son de orden público y apreciables de oficio.

IV. Si la sentencia o auto no sólo es definitivo (o sea, que ha sido ya firmado y, aclarado o no, decide per se una instancia) sino además firme (o sea, irrecurrible por naturaleza o porque no fue recurrido en plazo), en algunos supuestos podrá atacarse esa sentencia sin abandonar la jurisdicción ordinaria mediante los recursos o remedios rescisorios, como el recurso de revisión del art. 1.796 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el recurso de audiencia al rebelde de los arts. 772 y ss. de la misma Ley. Estos recursos rescisorios deben interpretarse lo más ampliamente posible, para cobijar el mayor número de supuestos, sin merma del respeto a la cosa juzgada.

V. Si no son posibles los recursos rescisorios por no darse los supuestos o los plazos legales (máximo de cinco años para el de revisión, art. 1.800 L.E. Civil, o de ocho meses o un año en el de audiencia al rebelde, arts. 776 y 777 L.E. Civil), entonces cabrá, dentro de plazo y si se ha vulnerado algún derecho de los aludidos por el art. 53 de la Constitución, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

VI. En su caso, podrá también acudir a los Tribunales internacionales.

4. SITUACIÓN FUTURA

El futuro ha de estar marcado por el total desarrollo del esquema anulatorio, que ha de ser la ampliación de los recursos rescisorios, la introducción de un auténtico proceso sumario y preferente de protección de derechos funda-

mentales ante la jurisdicción ordinaria (art. 53-2 de la Constitución) y si acaso, el juego de los “demás medios” de anulación que como vía adicional contempla el art. 240-1º “in fine” de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Respecto a esta tercera vía, podría suponer la reinstauración del incidente de nulidad abolido por la Ley de 6 de agosto de 1984. Ahora bien, a mi juicio no es correcto este cauce post-sentencia, ya que el mismo resultado se obtiene mejor con el procedimiento sumario del art. 53 de la Constitución, y podría vulnerar el principio de invariabilidad de sentencias por el Juez o Tribunal que las dicta. En cuanto a su reinstauración con anterioridad a la sentencia definitiva, no se me ocurre que tenga validez independiente de las otras dos vías del art. 240 de la L.O.P.J. Ahora bien, entiendo que la anulación de oficio o a instancia de parte (o sea, sin recurso) debería precisamente producirse tras un juicio de incidente, y en este sentido sí abogamos por su reintroducción. Con lo cual se evita el problema actual de muchas anulaciones sin suficientes probanzas, por no contemplar el art. 240-2º este trámite. Es decir, debiera existir la vía inmediata de nulidad del recurso contra la resolución judicial, y la más lenta, para cuando se hubiera dejado pasar la vía del recurso, o una vez agotada esta vía, de la anulación de oficio o a instancia de parte, que abriría un incidente con alegaciones y un corto período de prueba. Lógicamente, debiera concederse al Juez facultad de rechazar “a limine” las pretensiones infundadas de incidente.

Huelga decir, por último, que no cabe sin embargo utilizar como sustitutivo del amparo ordinario del art. 53 de la Constitución —pendiente de desarrollo— la vía de la garantía jurisdiccional civil del art. 11 de la Ley 68/72, de 26 de diciembre, de protección de los derechos fundamentales, ya que esa garantía civil no tiene por objeto ninguno de los derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución, puesto que no fueron incluidos ni en el marco inicial del proceso que le fue dado por la propia Ley en su art. 1-2º, ni en la primera ampliación, producida por el Real Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero. En la segunda ampliación, de la Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, sí se introdujo ya como objeto del juicio especial todo el contenido del art. 24 de la Constitución, así como el art. 14 y los demás susceptibles de amparo constitucional, pero se limitó esta ampliación a la garantía contencioso-administrativa del art. 6 de la Ley 68/72, excluyendo a la garantía jurisdiccional civil del art. 11. Como quiera que los actos procesales civiles no son realizados por la Administración sino por el Poder Judicial queda claro que no pueden ser objeto de la garantía contenciosa, y por lo tanto solamente si el acto procesal nulo vulnera los derechos de reunión, manifestación, libertad

de expresión, secreto de la correspondencia, libertad sindical, intimidad, honor, etc., podrían ser atacados por esa vía especial urgente, pero ésta es una posibilidad más teórica que real.