

ESTUDIOS

EL NUEVO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES DEFINITIVAS

ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ

Fiscal ante el Tribunal Constitucional. Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. Análisis del nuevo incidente.—III. Aplicación transitoria del nuevo incidente.—IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma parcial de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que ha entrado en vigor el pasado día 6 de diciembre de 1997, ha venido a reintroducir en nuestro ordenamiento procesal la antigua polémica suscitada entre los autores respecto de la conveniencia de establecer en el ámbito de la Jurisdicción Ordinaria un mecanismo de revisión de procesos ya fenecidos por sentencia firme, cuando en aquéllos se hubieren producido determinadas irregularidades formales susceptibles de indefensión material.

Hasta la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, entre otros aspectos, modificó la relación de supuestos que eran susceptibles de resolución a través del procedimiento incidental, se contemplaba dentro del ámbito de los mismos el llamado incidente de «*nulidad de actuaciones o de alguna providencia*», recogido en el artículo 745, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ⁽¹⁾, que permitía el ejercicio de una acción de nulidad apoyada en la previa comisión de irregularidades debidas a inobservancia de las formas procesales, configurándolo como un procedimiento autónomo y paralelo al principal en el que se sustanciaban y resolvían las cuestiones objeto de la pretensión.

Dicha reforma procesal vino a zanjar, con criterio a mi juicio acertado, lo que no significaba más que un esfuerzo procesal desproporcionado a la propia finalidad

⁽¹⁾ Además de establecer con toda nitidez en el inciso primero del párrafo segundo del artículo 742 la inadmisibilidad del incidente de nulidad de actuaciones de resoluciones judiciales.

que perseguía aquel procedimiento incidental autónomo, que no era otra que la de poner remedio a determinadas irregularidades formales generadoras de indefensión. La entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y la inclusión, para toda clase de procesos, de los artículos 238 a 243, reguladores de la nulidad de los actos judiciales, permitiendo a las partes por la vía de los recursos ordinarios previstos en las normas procesales, o, incluso, a los propios tribunales, de oficio, declarar la nulidad de anteriores actuaciones realizadas en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 238, supuso una respuesta normativa mucho más racional en cuanto que permitía, de una parte, la pronta satisfacción del derecho a la tutela judicial, y de otro el ahorro de esfuerzos importantes en pos de obtener una resolución rápida y eficaz a las pretensiones deducidas en el proceso.

Sin embargo, dentro de la doctrina procesal seguía en todo su vigor la constante polémica en relación con la necesidad de establecer un cauce procesal que garantizara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva dentro de la Jurisdicción, que permitiera la aplicación de la nulidad de actuaciones a los procedimientos en que hubiere recaído sentencia definitiva, sin necesidad de recurrir al proceso subsidiario y excepcional del amparo constitucional, lo que no admitía la normativa vigente hasta entonces vigente e incluso hubo varios proyectos legislativos que abordaron la necesidad de dar una solución a esta problemática sin que ninguno de ellos llegara a ver la luz ⁽²⁾.

La Exposición de Motivos de la LO 5/1997, después de señalar que la modificación del artículo 240 de la LOPJ. introduce un sencillo incidente «para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad» cuando en el proceso hubiere recaído resolución definitiva irrecurrible, enfáticamente proclama que la nueva modalidad procesal pretende dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 53, apartado 2.º de la CE. que, dirigido al legislador ordinario, le compelia a la regulación de un procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales que colmara el vacío normativo hasta dicho momento existente, puesto de relieve, además, por el propio Tribunal Constitucional en una reiterada doctrina ⁽³⁾.

Sin embargo, pronto se han alzado voces contra la pretendida bondad del nuevo incidente, entre ellas la del propio Consejo General del Poder Judicial que en su

⁽²⁾ Concretamente, en el Anteproyecto de LO de modificación de la LOPJ que posteriormente se convertiría en la LO 16/1994, de 8 de noviembre, se proponía la adición al artículo 240 de un nuevo apartado 3.º que tenía un contenido muy parecido al posteriormente introducido en la reforma legislativa que estudiamos. Sin embargo, después del Informe al Anteproyecto realizado por el CGPJ, en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 3 de junio de 1994, se omitió ya toda referencia a este nuevo apartado.

Igualmente, en el Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se regulaba un régimen de declaración de nulidad de sentencias definitivas, modificando el artículo 240 de la LOPJ. En concreto, la modificación que ofrecía comportaba, en primer lugar, la supresión del inciso «antes de que recaiga sentencia definitiva», del apartado 2.º del citado precepto, a la vez que incorporaba un nuevo apartado 3.º con un texto que recordaba mucho al derogado inciso del artículo 742, párrafo 2.º de la LEC.

⁽³⁾ La más significativa, sin duda, es la STC 185/90, que en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del propio artículo 240 de la LOPJ, destacaba ya la insuficiencia del desarrollo legislativo del artículo 53, 2.º, de la CE, al no posibilitar un medio impugnativo en vía jurisdiccional para corregir vulneraciones afectantes al derecho a la tutela judicial. Esta doctrina ha sido reiterada más tarde y en diversas ocasiones, al referirse a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes (SSTC 119/88, 231/91, 142/91, 184/95, 15/96, 5/97 y 3/98, entre otras muchas).

preceptivo informe al Anteproyecto de Ley que le fue remitido por el Gobierno ⁽⁴⁾, destacaba ya los notables peligros que para la seguridad jurídica podía reportar la aplicación de esta normativa que, sin embargo y como veremos posteriormente pretende nacer con la nota de la excepcionalidad, aunque los términos tan imprecisos en los que se manifiesta lo único que pueda acarrear no sea otra cosa que un notable alargamiento en la duración de los procesos, derivados de la interpretación de términos tan vagos como el de la concurrencia de «defectos de forma» que acoge la ley, sin dejar a un lado la incertidumbre que pueda surgir en las otras partes no recurrentes, de saber si se ha obtenido o no una satisfacción judicial de sus pretensiones hasta transcurrido un determinado período de tiempo que puede llegar hasta los cinco años desde la notificación a aquéllas de la última de las resoluciones dictadas, sin olvidar la notable vaguedad en que, a efectos del cómputo de caducidad, puede quedar el plazo de los veinte días hábiles que establece el artículo 44, 2.º, de la LOTC. para formalizar la demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional y que deberá obligar necesariamente a este último a establecer una doctrina jurisprudencial en relación con este punto.

II. ANÁLISIS DEL NUEVO INCIDENTE

1. NOTAS CARACTERÍSTICAS: a pesar de que el Legislador le otorga la denominación de incidente para crear esta nueva figura procesal, su configuración corresponde propiamente a la de un verdadero procedimiento autónomo de tutela judicial de amparo, concibiéndose como un medio procesal de rescisión de resoluciones definitivas no recurribles, cuyos caracteres más relevantes son los siguientes:

a) *Excepcionalidad*: sin duda constituye la principal y más significativa peculiaridad de esta nueva figura procesal. En primer lugar, porque, como veremos más adelante, no tiene ni vocación de universalidad ni tampoco de generalidad. Ya el primer inciso de la nueva redacción del artículo 240, 3.º, de la LOPJ, destaca, precisamente, que no se admitirá con carácter general la apertura de este especial procedimiento incidental para toda clase de procedimientos y respecto de toda clase de denuncias apoyadas en invocadas vulneraciones de derechos fundamentales.

Por consiguiente, el nuevo medio rescisorio no tiene operatividad para dar satisfacción a invocadas vulneraciones de derechos fundamentales que pudieran afectar a las cuestiones sustantivas debatidas a lo largo de todo el procedimiento y ya resueltas en las diversas instancias judiciales, ni tampoco atiende a reclamaciones de carácter formal que no cumplan los dos requisitos exigidos por la norma, como son, de una parte, la concurrencia de alguno de los vicios procesales que se recogen en el apartado 3.º del artículo 240 —defectos de forma o incongruencia—, y de otro lado, la efectiva generación de indefensión material en la parte que los alega.

Y en segundo término, porque la nota de la excepcionalidad aporta un nuevo matiz que debe predicarse, también, de este incidente, en cuanto que el mismo genera una relativización de la vigencia del principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, al permitir a los propios Órganos Jurisdiccionales que las dictaron la

(4) Informe del CGPJ de 12 de agosto de 1996, publicado en el volumen de Acuerdos del Pleno del CGPJ 2.º Semestre de 1996, Madrid 1997.

corrección de sus pronunciamientos cuando éstos hubieren venido propiciados por ciertos vicios procesales.

b) *Subsidiariedad*: entendida en el sentido de que únicamente queda abierta esta vía para aquellos supuestos en que no haya sido posible su denuncia e invocación formal durante la vigencia del procedimiento. De lo expuesto se deduce que no podrá acudir a este incidente cuando, habiéndose advertido la concurrencia de alguno de los vicios formales indicados en la norma, no se haya instado, bien la oportuna subsanación, bien, en su caso, la correspondiente nulidad de lo actuado por la vía del recurso ordinario. Como tampoco podrá hacerse uso de este nuevo remedio procesal en aquellos casos en que, habiéndose denunciado dichos vicios procesales e instado durante la vigencia del procedimiento los oportunos recursos ordinarios previstos por la norma procesal para su corrección, los Órganos Jurisdiccionales correspondientes hubieren resuelto de forma motivada sobre las concretas vulneraciones alegadas.

c) *Complementariedad*: esta nota característica guarda relación con la anterior, toda vez que la nueva modalidad de incidente que se introduce en nuestro Ordenamiento Procesal nace con la única finalidad de suplir los vacíos normativos de la anterior regulación, extendiéndose exclusivamente a aquellos supuestos que no contemplaba el anterior incidente de nulidad de actuaciones, circunscrito exclusivamente al momento procesal anterior a la resolución definitiva.

No debe olvidarse al respecto que la reforma legislativa también ha afectado parcialmente al incidente de nulidad suscitado antes de la resolución que ponga fin al proceso, al haberse permitido que las partes personadas en el procedimiento puedan en cualquier momento instar del Órgano Judicial la promoción del incidente, sin necesidad de acudir a la vía del recurso, lo que no ocurría con anterioridad a la reforma, en que sólo se permitía al Órgano Jurisdiccional la actuación de oficio, quedando circunscritas las partes personadas a invocar la nulidad únicamente a través de la vía de los recursos o demás medios establecidos en las Leyes Procesales, según rezaba el anterior apartado 2.º del artículo 240 de la LOPJ ⁽⁵⁾.

d) *Carácter dispositivo*: a diferencia de lo que puede ocurrir en la genérica nulidad de actuaciones surgida con anterioridad a la resolución definitiva del procedimiento, en donde es posible que el órgano jurisdiccional competente, pueda en cualquier momento y *ex officio* declarar la nulidad de todas o parte de las actuaciones hasta ese momento realizadas, en el nuevo incidente no es posible esta iniciativa judicial, que queda circunscrita exclusivamente a las partes, entendiéndose por tales, como veremos posteriormente, no sólo las comparecidas en el proceso sino también aquéllas otras que tuvieren un interés legítimo en la cuestión de fondo que haya sido resuelta, aún cuando formalmente no hubieren comparecido en el mismo.

⁽⁵⁾ Sobre este particular, las SSTC 191/88 y 22/89 han venido a destacar que, tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Procesal y la correlativa regulación de la materia de la nulidad de los actos judiciales en la LOPJ (arts. 238 y siguientes), son tres las vías a través de las cuales puede obtenerse la declaración de nulidad de las actuaciones procesales cuando están afectadas por vicios que alcanzan la trascendencia que indica el artículo 240.1 de la LOPJ, a saber: a) Consistente en denunciar la concurrencia de tales vicios a través de la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (arts. 742 LEC y 240.1 LOPJ); b) Mediante declaración de oficio por parte del órgano judicial de la nulidad, siempre que el vicio no sea subsanable ni haya recaído aún Sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ), y c) Acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1, *in fine*, de la LOPJ).

2. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN: el planteamiento de este incidente de nulidad de actuaciones, previsto para toda clase de procesos, sólo podrá tener lugar cuando concurran los siguientes presupuestos:

a) Que haya recaído sentencia o auto que ponga término al proceso. Tal enunciado del presupuesto suscita la cuestión de si el incidente podrá ser planteado en aquellos supuestos en que la resolución final no afectare al fondo de la pretensión planteada sino que exclusivamente viniere propiciada por la estimación de excepciones procesales alegadas por las partes o apreciadas de oficio por el Órgano Jurisdiccional que llevaran al mismo a poner término al procedimiento sin resolver la cuestión de fondo sometida a su enjuiciamiento o, por el contrario, abarcará, también, a tales supuestos el ámbito de cobertura del mismo.

Para dar solución a esta problemática entiendo que ha de acudir, de una parte, a la propia naturaleza y notas características que definen este procedimiento rescisorio, y de otra, a una interpretación del significado de los términos «proceso» e «indefensión sufrida» que aparecen recogidos en la ley, por ser realmente definitorios de la posición sistemática, dentro del ordenamiento procesal en que pretende situarse.

Cuando la norma recoge el término «proceso» y no otro, como pudieran ser los más específicos o concretos como, por ejemplo, los de «procedimiento» o «actuaciones», permite sugerir la hipótesis de que con ello el legislador haya decidido referirse exclusivamente a aquellos supuestos en que, habiendo recaído una determinada resolución ya firme, no fuera susceptible de nuevo enjuiciamiento en otro proceso posterior. Según esta interpretación todas aquellas resoluciones que permitieran una ulterior reproducción de la pretensión procesal, bien ante el mismo o ante distinto órgano de la misma o de diferente Jurisdicción quedarían excluidos de la protección del incidente estudiado. Tal interpretación vendría a ser conforme con el carácter excepcional de este instituto procesal y, de otra, con el propio concepto de indefensión material y efectiva acuñado por reiterada jurisprudencia constitucional, que exige, igualmente, el precepto habilitador ⁽⁶⁾.

Tal planteamiento interpretativo, sin embargo, únicamente viene a añadir más imprecisión a la ya constatada vaguedad con que se manifiesta la Ley, que no establece límites a su genérica admisibilidad para toda clase de procesos, sin olvidar, de una parte, los notables problemas de seguridad jurídica que podría acarrear la línea de aplicación propuesta, y de otra la prevalencia del principio *pro actione*, consagrado por la Jurisprudencia Constitucional, favorable siempre a la efectividad del derecho fundamental, en este caso con mayor razón en la medida en que, como se recoge en la propia Exposición de Motivos de la Ley, se pretende, ante todo, preservar la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, confiriendo a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de restablecer los derechos fundamentales vulnerados a través de esta vía extraordinaria.

⁽⁶⁾ Piénsese, por ejemplo, en un proceso de cualquier naturaleza, en que la resolución que pone fin a su tramitación es un Auto o Sentencia declarando la falta de competencia territorial para conocer de la materia. En este caso, dicha resolución no supone ningún obstáculo para reproducir la pretensión en un nuevo procedimiento sustanciado ante el órgano jurisdiccional que tenga competencia territorial para su conocimiento. No se habría generado una verdadera indefensión material para la parte y, por consiguiente, faltaría el requisito exigido por la norma legal.

b) Que la resolución, ya sea en forma de sentencia o de Auto no sea susceptible de recurso, en el «*que quepa reparar la indefensión sufrida*».

La interpretación de estos últimos términos es la que plantea mayores problemas, por cuanto en el Ordenamiento Procesal hasta ahora vigente también existen determinados institutos que sirven como remedio excepcional contra sentencias dictadas en ausencia, como es el caso, por ejemplo, del denominado «recurso de anulación» que desenvuelve su eficacia en el procedimiento penal abreviado (art. 797, 2.º de la LECr) para los acusados condenados en su ausencia a penas privativas de libertad inferiores a un año o de otra naturaleza que no sobrepasen los seis, o el procedimiento de audiencia al rebelde, previsto en los procesos civil y laboral, para la parte declarada en rebeldía y a la que no le hubo sido notificada la sentencia personalmente ⁽⁷⁾.

Es evidente que en tales supuestos la posibilidad de hacer uso del nuevo procedimiento rescisorio es muy limitada por cuanto la invocación de alguno de los dos motivos —defectos de forma o incongruencia del fallo— solamente podrá ser predicable de la sentencia que resuelva en ambos casos la pretensión excepcionalmente ejercitada, esto es el recurso de anulación, o en el caso de la audiencia al rebelde, la sentencia ya no recurrible ⁽⁸⁾.

Otra cuestión importante viene suscitada por la presencia en nuestro ordenamiento procesal, y en todos los órdenes jurisdiccionales, del recurso de revisión, concebido como verdadero procedimiento extraordinario de rescisión de sentencias firmes. La pregunta que se suscita es doble: de una parte si la formalización de este recurso y su ulterior resolución impide posteriormente la utilización del nuevo incidente; y de otro lado, si de no impedirlo, habrá necesariamente de ser formalizado con anterioridad a la ulterior reclamación de nulidad.

A la vista de la insuficiencia legislativa para abordar este tipo de cuestiones interpretativas suscitadas, no queda más remedio que partir de la propia naturaleza y fines que persiguen ambas figuras procesales. Así, mientras la revisión es, según opinión mayoritaria de la doctrina, una acción impugnativa autónoma que parte precisamente de la regularidad intrínseca del proceso, entendida en su doble manifestación de que, de una parte, en ningún caso puede utilizarse esta vía para volver a examinar las actuaciones procesales con objeto de resolver si la tramitación del proceso se ajustó o no a las formas previamente establecidas en la norma, como tampoco analizar si la sentencia incurrió en vulneración del Derecho aplicado, al no poderse atacar la validez intrínseca de una sentencia que es ya firme, pues su finalidad no es otra que tomar en consideración hechos nuevos, totalmente ajenos al proceso y producidos fuera de él que, sin embargo, afectan sustancialmente al objeto del mismo proceso, de tal manera que en este caso y en aras de preservar el valor justicia y de impedir que una sentencia haya sido ganada injustamente, cede el principio de seguridad jurídica en beneficio de aquél. En cambio, el nuevo incidente de nulidad va encaminado a resolver otro tipo de demandas de justicia que afectan exclusivamente a aspectos formales y procesales de las actuaciones en que se ha sustanciado la pretensión. Por consiguiente, uno y otro medio rescisorio, si bien están encaminados al mismo fin de alcanzar

⁽⁷⁾ Libro II, Título IV de la LEC y Libro II, Título III de la LPL.

⁽⁸⁾ Es decir, agotado ya el recurso de casación, previsto en el artículo 779 de la LEC.

la nulidad de la resolución ya firme, llegan al mismo a través de diferentes presupuestos ⁽⁹⁾, en el primero de los casos acometiendo cuestiones que afectan al fondo del propio litigio, mientras que en el segundo de los casos combatiendo exclusivamente irregularidades formales generadoras de indefensión material.

De lo expuesto hasta el momento se deduce que para la utilización del incidente de nulidad de actuaciones no es ni necesario ni aconsejable servirse precedentemente del juicio de revisión por cuanto que, a través del mismo no es posible dar satisfacción a las invocadas vulneraciones de amparo judicial por irregularidades meramente formales.

No puede olvidarse a este respecto que estamos ante un verdadero proceso de tutela de derechos fundamentales encaminado exclusivamente a la reparación de la indefensión generada en quién, por defectos meramente formales, reclama su reparación para ejercitar por vez primera o reiterar nuevamente su pretensión de fondo ante el mismo órgano que cometió dicha irregularidad. En el juicio de revisión, además de ser otro Tribunal distinto de aquél que resolvió la cuestión de fondo, afronta renovadamente dicha cuestión con el aporte de elementos nuevos que, en su momento no fueron tenidos en cuenta para decidir sobre la misma cuestión litigiosa, y que tienden precisamente a cambiar sustancialmente el sentido de lo inicialmente decidido. En el incidente de nulidad de actuaciones, en cambio, no se aportan hechos nuevos sino que lo único que se restaña es el incumplimiento de las formas procesales.

Llegados a este punto pueden responderse fácilmente las dos preguntas suscitadas: al atender a finalidades diferentes, la formalización del incidente de nulidad no exige que previamente se haya resuelto el juicio de revisión, es más, ni siquiera es preciso que se inste el mismo. Debe tenerse en cuenta a este respecto, y dado que estamos, como hemos indicado, ante un verdadero proceso de amparo de derechos fundamentales sustanciado ante la Jurisdicción, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los criterios de procedencia y utilidad en materia de recursos a los efectos del agotamiento de la vía judicial ordinaria como previa al recurso de amparo constitucional ⁽¹⁰⁾. De

⁽⁹⁾ Sobre este particular, la STC 99/97 destaca que el recurso de revisión queda circunscrito a los motivos taxativamente establecidos en la norma procesal correspondiente, sin que el derecho a la tutela judicial efectiva se vea satisfecho con su utilización cuando el vicio invocado se refiere a defectos meramente formales como puedan ser, por ejemplo, los de falta de notificación. Dice sobre este particular la STC invocada, en relación con el recurso de revisión, lo siguiente: «Parecida consideración cabe formular respecto del recurso de revisión. Como recurso excepcional rescisorio de sentencias firmes, sólo es previo al subsidiario recurso de amparo cuando éste hubiera de fundarse, exclusivamente, en alguno de los tasados motivos en que cabe articular aquél (art. 1.796 de la LECiv.) y después de que haya tenido lugar, cuando sea necesaria, la actividad o resolución previa en que se compruebe y declare la existencia de tales motivos (STC 242/1991). No es ése el supuesto que ahora se enjuicia, pues pudiendo ser, a lo sumo, el único motivo aplicable el previsto en el núm. 4 del artículo 1.796 de la LECiv. (ganar la sentencia firme en virtud de maquinación fraudulenta), el amparo no se funda en este supuesto, sino en la vulneración del art. 24.1 de la CE, por la forma de efectuar las notificaciones, a partir de un determinado momento. En consecuencia, la no interposición del recurso de revisión no puede subsumirse en la causa impeditiva de procedibilidad que se examina.

La vía judicial previa, en suma, debe reputarse agotada con la resolución judicial denegatoria de la pretendida nulidad de actuaciones, ya que tal petición de nulidad fue la única intervención posible del solicitante de amparo en el juicio ejecutivo que se impugna...».

⁽¹⁰⁾ Según una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional para entender cumplimentado el trámite del agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo y preservar así el carácter subsidiario de este procedimiento constitucional, será necesario interponer únicamente aquellos recursos que se estimen procedentes y útiles para la efectividad del derecho fundamental que se estime vulnerado (SSTC 114/1986, 48/1989, 50/1990, 172/1991, 142/1992 y 137/1995, entre otras).

ello puede derivarse, a su vez, como consecuencia el transcurso del plazo de caducidad previsto en el segundo párrafo de este apartado 3.º del artículo 240 de la LOPJ., que si se formaliza primero el recurso de revisión para invocar alguno de los motivos establecidos en el nuevo incidente y posteriormente, una vez denegado, se pretende instar el mismo apoyado en semejantes motivos formales, pueda llegarse a la inadmisión a trámite del incidente por transcurso de dicho plazo, en base a que aquél no está normativamente concebido para reparar la indefensión sufrida, requisito éste que viene exigido por la norma habilitadora del incidente.

3. MOTIVOS: es evidente que el proceso de nulidad que estudiamos atiende a la salvaguardia de un único derecho fundamental cuál es el referido a la tutela judicial efectiva y ni siquiera a todas las vertientes o manifestaciones que el mismo acoge y que han venido siendo perfiladas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Los dos únicos motivos de amparo judicial que permite el nuevo precepto delimitan claramente el ámbito del nuevo incidente, que únicamente podrá fundamentarse, o en motivos de forma o incongruencia, generadores de indefensión material. Veámoslos por separado:

a) Defectos de forma: dado el perfil normativo en que se manifiesta el nuevo procedimiento y sobre todo la imposibilidad de ser instado cuando el vicio procesal pueda ser denunciado antes de recaer una resolución judicial firme, consideramos que por este motivo únicamente será viable el medio rescisorio que estudiamos en las siguientes circunstancias:

1) En primer lugar, en los supuestos de condena *inaudita parte*, es decir, cuando en cualquiera de los procesos sustanciados ante la Jurisdicción, quién se reputare con un interés personal y legítimo en el asunto, no hubiere tenido conocimiento efectivo del proceso que se sustanciaba contra el mismo y hubiere recaído resolución judicial firme de condena.

2) En segundo término y como variante del anterior, también, podrán acogerse a este procedimiento cualesquiera otros que, ostentando, igualmente, un interés legítimo en la resolución del objeto del proceso y a los que la norma procesal oportuna les hubiere otorgado legitimación para comparecer en el mismo como parte principal o como mero coadyuvante, tampoco hubieren tenido conocimiento efectivo de su existencia, de tal manera que no hubieren comparecido ni se hubieren personado en el mismo en defensa de sus derechos.

Ambos casos presentan como común presupuesto, la constatación de importantes irregularidades procesales cometidas por el órgano jurisdiccional durante la tramitación de las actuaciones, consistentes en la falta o defectuosa cumplimentación de los actos de comunicación, esto es, notificaciones, citaciones o emplazamientos a dichos interesados, debiéndose acreditar a estos efectos que la incomparecencia en aquéllas no haya obedecido a la propia actitud negligente o intencionada que le hizo colocarse en tal situación de indefensión.

Es evidente que para la apreciación de este tipo de situaciones será perfectamente aplicable la muy copiosa doctrina del Tribunal Constitucional sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cometida por Juzgados y Tribunales con ocasión del deber de poner en conocimiento efectivo de los interesados la existencia de un

determinado proceso, en cuanto garantía de su derecho de defensa ⁽¹¹⁾. E, igualmente, deberá tenerse en cuenta que, en el seno de algunas Jurisdicciones y respecto de determinados procedimientos, la norma procesal ha habilitado ya otros cauces para sustanciar tales indefensiones generadas, como son los ya citados recurso de anulación en el procedimiento penal abreviado y el trámite de audiencia al rebelde ⁽¹²⁾, en las jurisdicciones civil y social.

Para la formalización del incidente de nulidad será preciso en tales casos agotar previamente los indicados recurso y procedimiento de audiencia y, además, sólo será admisible aquel incidente de nulidad apoyado en la invocación del motivo que estudiamos, respecto de aquellas deficiencias procesales que hayan operado durante la sustanciación de los mismos y que no hubieren podido ser apreciados antes de recaer sentencia en ellos. A la vista de lo expuesto, se nos antoja difícilmente aplicable en la práctica este incidente aunque desde una concepción teórica entiendo que ello sí es posible.

Aunque no existen reparos legales a cualesquiera otras formas de irregularidad procesal generadoras de indefensión para que pueda ser invocado este motivo en el incidente de nulidad que se suscite, dados los términos abiertos en los que viene redactado el precepto, sin embargo desde el punto de vista de la práctica forense sería difícil encontrar algún otro supuesto en que sea posible la iniciación de este medio impugnativo sin antes hacer frente al importante requisito de que se trate de un vicio procesal que no haya podido ser denunciado en el trámite.

b) **Incongruencia del fallo:** constituye una manifestación sustancial del derecho a la tutela judicial efectiva, consistente en el derecho de las partes a obtener una resolución motivada del Órgano Jurisdiccional que, fundada en Derecho, atienda a todas las pretensiones formuladas por las partes, correspondiéndose sus razonamientos jurídicos de forma coherente con aquéllas, de manera que, de una parte, los que ostentan interés en el asunto tomen cabal conocimiento de los argumentos esgrimidos por el Tribunal para estimar o desestimar sus pretensiones, determinando el hilo conductor que le llevó a las mismas, y de otro lado, puedan así ejercitar los recursos previstos por el Ordenamiento Jurídico para impugnar tales resoluciones.

El Tribunal Constitucional ha elaborado una amplia y reiterada doctrina sobre el vicio de incongruencia que es perfectamente predicable del motivo que ahora se analiza, destacando que pueden llegar a ser tres los supuestos en que se produzca tal circunstancia:

a) En primer lugar, que esta incongruencia se produzca dentro de la propia resolución que ponga término al procedimiento. Estamos ante lo que la Jurisprudencia

⁽¹¹⁾ SSTC 57/87, 16/89, 110/89, 142/89, 103/94, 99/97, 118/97 y 135/97, entre otras muchas.

⁽¹²⁾ Sobre este procedimiento una reiterada doctrina del TC (SSTC 186/91, 8/93, 183/93, 310/93, 134/95 y 16/96, entre otras), ha señalado que la audiencia al rebelde «es un cauce adecuado para que los Tribunales del orden jurisdiccional competente conozcan y resuelvan sobre las eventuales indefensiones ocasionadas en sus juicios, una vez producidas sentencias dictadas en procesos en los que no ha sido oída una parte por causas que no le sean imputables, y siempre que no pueda utilizar frente a ellas ningún recurso por ser firmes», añadiendo más adelante la última de las resoluciones citadas que una interpretación conforme a la Constitución de la regulación de este medio impugnativo «conduce a aceptar su viabilidad para atender las pretensiones de rescisión de sentencias firmes por haberse desarrollado el proceso sin intervención del demandado, siempre que ello constituya un supuesto de indefensión, lo mismo si ha existido un emplazamiento válido, obediendo su incomparecencia a causas extrañas que le impidieron comparecer, que si la indefensión está causada directamente por la irregularidad del emplazamiento realizado por el Juzgado o Tribunal».

denomina como *incongruencia interna*, que tiene lugar cuando se advierte que estamos ante una clara y manifiesta contradicción entre los Fundamentos Jurídicos y el Fallo o Parte dispositiva de dicha resolución ⁽¹³⁾.

b) En segundo término, se alude a la *incongruencia omisiva* como irregularidad afectante a la tutela judicial efectiva que tiene lugar cuando el Órgano Jurisdiccional no resuelve sobre alguna o algunas de las pretensiones de las partes.

Una, igualmente, reiterada doctrina del Alto Tribunal ⁽¹⁴⁾ ha venido a matizar tal concepción siendo los puntos más significativos los siguientes:

1) La incongruencia omisiva es un vicio procesal caracterizado por la ausencia de contestación razonada de los órganos judiciales que puede extenderse tanto a la cuestión principal del litigio como a las posibles causas de inadmisión del recurso o, más en general, de la acción ejercitada alegada por las partes.

2) Para la apreciación de este vicio es necesaria la concurrencia de dos requisitos: de una parte, el efectivo planteamiento del problema, esto es que en la instancia correspondiente la parte haya invocado expresamente su concurrencia; y de otra, la ausencia de respuesta razonada por parte del juzgador a la pretensión alegada.

3) No obstante lo anterior, el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita, aunque no se haya pronunciado sobre todas las alegaciones concretas, o no se haya dado una respuesta pormenorizada, siempre que se resuelvan las pretensiones formuladas de una manera global y genérica.

c) Finalmente, la tercera vertiente de este vicio procedimental lo constituye la *incongruencia extra petita o plus petita*, consistente en que el Órgano Jurisdiccional aborda en su resolución otras cuestiones ajenas totalmente a las pretensiones de las partes, o concede algo no solicitado por las mismas.

Tal modalidad de incongruencia contempla dos posibilidades que tienen lugar cuando alude a determinadas situaciones jurídicas no suscitadas realmente por las partes, en cuyo caso opera de modo cualitativo, o simplemente se excede en los pretendido por aquéllas, supuesto éste de incongruencia cuantitativa ⁽¹⁵⁾.

La doctrina del Tribunal Constitucional también se ha extendido reiteradamente ⁽¹⁶⁾ sobre esta modalidad de incongruencia que opera esencialmente en procesos en que rige el principio dispositivo o de aportación de parte, si bien matiza, también, esta postura al afirmar que no operará tal vicio de incongruencia cuando el Órgano Judicial decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no formal o expresamente ejercitada, estuvo implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de la cuestión principal debatida en el proceso.

⁽¹³⁾ Reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 22/94, 117/96 y 68/97, entre otras) que «la obtención de una conclusión, basamento del pertinente fallo, en detrimento de la requerida coherencia con el punto de partida adoptado, produce una quiebra lógica en el razonamiento que puede eventualmente implicar el reproche de irrazonabilidad y, por ende, anudar a la correspondiente decisión la tacha de conculcadora de las exigencias inmanentes al artículo 24, 1.º, de la CE».

⁽¹⁴⁾ Fue delimitada por primera vez en la STC 20/82 y ha tenido continuación en otras muchas posteriores: 116/86, 5/90, 263/93, 4/94, 87/94, 91/95, 103/95 y 195/95, entre otras.

⁽¹⁵⁾ SSTC 205/89 y 161/94.

⁽¹⁶⁾ SSTC 20/82, 86/86, 29/87, 156/88, 369/93, 172/94, 91/95, 60/96 y 9/98, entre otras.

Como puede deducirse de lo expuesto el presente motivo de nulidad de actuaciones única y exclusivamente puede referirse a la última de las resoluciones judiciales dictadas, que ponga término a la vía judicial ordinaria. Constituye una modalidad de rescisión de resoluciones judiciales firmes apoyada en un quebrantamiento de forma generador de indefensión material y efectiva, sin que pueda operar respecto de otras actuaciones anteriores, dadas las especiales limitaciones previstas en la norma para su formalización, pues, de afectar tales irregularidades formales a precedentes resoluciones, éstas únicamente podrán ser corregidas a través del incidente de nulidad regulado en el apartado 2.º del precepto que estudiamos.

Igualmente, de todo lo expuesto ha de tenerse, también presente, en íntima conexión con la nota de excepcionalidad que ha de perseguir este procedimiento, que el vicio de incongruencia no podrá ser apreciado tampoco respecto de aquellas resoluciones en que, por incurrir en meros errores materiales manifiestos, o aritméticos, o presentar determinados conceptos oscuros, sean susceptibles de aclaración en el modo previsto en el artículo 267 de la LOPJ.

4. LEGITIMACIÓN: el apartado 3.º del artículo 240 de la LOPJ. establece que sólo podrán instar la nulidad *«quienes sean parte legítima»* en el proceso.

Los términos en que se manifiesta el precepto y la finalidad perseguida por legislador, tendente, como se ha expuesto, a proporcionar un mecanismo de reacción contra resoluciones firmes generadoras de indefensión causadas por vicios formales, permite llegar a la conclusión de que el concepto de parte legítima recogido en el texto no puede corresponderse con el formal de parte, entendida como comparecida y personada en las actuaciones judiciales.

Tal planteamiento, además de suponer una restricción importante en el ámbito de los que podrían instar este tipo de incidentes, vendría a contradecir realmente la propia naturaleza del nuevo instituto, en la medida en que, por ejemplo, el primero de los motivos de nulidad contemplados resultaría de muy difícil por no decir de imposible aplicación en la práctica. Basta constatar la realidad forense para advertir que la aparición de una infracción procesal de tal naturaleza en el seno del proceso que no hubiere llegado a ser apreciada por quienes estuvieren personados en la causa únicamente puede derivarse de la negligencia, temeridad o ignorancia de ésta, pero en todo caso imputable a la misma, si después de haber sido detectada a lo largo de la tramitación, no articula los mecanismos procesales necesarios para impugnarla mediante las vías que permite el ordenamiento.

Por ello, ha de entenderse que el concepto de parte legítima es mucho más amplio debiendo abarcar a todos aquellos que, por ostentar un derecho o interés legítimo en el objeto del proceso y, por ende, ser titulares de un derecho fundamental como es el de la tutela judicial efectiva, tengan la posibilidad de tomar conocimiento del contenido del mismo y, asimismo, hacer efectivo su derecho a ser oídos antes de que recaiga resolución judicial firme, hayan sido o no partes formalmente comparecidas en las actuaciones. Sólo así concebido el nuevo procedimiento tendrá verdadero sentido y efectividad.

Una segunda cuestión importante que no aborda en absoluto la novedosa normativa, omitiendo por completo toda referencia a su posible intervención afecta, en concreto, al Ministerio Fiscal. Ello plantea, a su vez, dos diferentes interrogantes que es necesario resolver: En primer lugar, si el Fiscal ha de ser parte en todos o en algunos de

los incidentes de nulidad que se susciten al amparo del nuevo texto legislativo; y en segundo término y de admitir la condición de parte a la Institución Pública, si es posible su legitimación para instar este tipo de incidentes, incluso en aquellos procesos de los que aquél traiga causa en que no hubiere intervenido.

No cabe duda de que en aquellos procesos en los que el Ministerio Público haya comparecido como parte en las actuaciones y se haya instado por alguna de ellas la iniciación de este procedimiento, el Fiscal habrá de intervenir en el correspondiente trámite, una vez admitida por el órgano jurisdiccional la apertura del incidente, confiéndosele traslado de las actuaciones conforme al procedimiento previsto en el apartado 4.º del artículo 240 de la LOPJ.

Ahora bien, la duda interpretativa surge respecto de aquellos procedimientos en los cuales, por no actuarse un interés público digno de protección, no hubiere intervenido el Fiscal.

Son varias las razones que pudieran argumentarse para negar legitimación al Fiscal en este tipo de procedimientos:

a) En primer lugar, porque en la medida en que el proceso del que trae causa el incidente no afecta al interés público, sino que lo único que se enjuicia en aquél son derechos de contenido estrictamente privado o particular, por lo que no tendría sentido que el Fiscal interviniera en el mismo, al permanecer totalmente ajeno a las pretensiones allí enjuiciadas. Fortalecería este argumento la tesis de que, incluso, en algunos procedimientos penales el Legislador ha excluido expresamente su participación de los mismos —como es el caso, por ejemplo, de los delitos contra el honor—, por lo que iría contra la propia finalidad legislativa permitir la intervención del Ministerio Público en ellos.

b) En segundo término, porque en determinados procedimientos de tutela de derechos fundamentales, sustanciados ante las Jurisdicciones civil, contencioso-administrativa o social, que pudieran tener alguna semejanza con el ahora estudiado dado el fin que éste persigue, el legislador ha previsto expresamente la intervención del Ministerio Fiscal en los mismos, regulando dicha participación en las actuaciones de forma detallada y estableciendo cuál era su posicionamiento dentro del proceso, lo que en este caso no sucede, por lo que podría interpretarse que en este caso no interviniera tampoco.

Sin embargo, son en mi opinión mucho más consistentes los argumentos que postulan la intervención del Ministerio Público, pese al silencio, ciertamente censurable, de la ley en este punto:

a) En primer lugar, la propia configuración del Ministerio Fiscal, en cuanto órgano constitucional encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad, tanto sustantiva como formal, y del interés público que, en definitiva, no es otro que el interés general del conjunto de todos los ciudadanos, incumbiéndole, también, la defensa de sus derechos.

Tal perspectiva de actuación, contenida de forma programática y genérica en el artículo 124 de la CE., tiene cumplido desarrollo legislativo en los artículos 1.º y 3.º, apartados tres y doce de su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en el que con toda claridad y detalle se alude, de una parte, a la necesidad de velar por los derechos fundamentales y las libertades públicas «con

cuantas actuaciones exija su defensa) y de otro lado, se otorga legitimación específica para «*intervenir en los procesos judiciales de amparo*», sin olvidar, además, la prerrogativa que al mismo le es otorgada de interesar la notificación de cualquier resolución judicial o información sobre el estado de los procedimientos, «*pudiendo pedir vista de los mismos cualquiera que sea su estado, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos...*» (art. 4.º, uno del EOMF).

En consecuencia, si el incidente de nulidad de actuaciones es concebido como un verdadero proceso de amparo que aún en la vía judicial ordinaria pretende, de una parte, desarrollar la exigencia constitucional recogida en el artículo 53, 2.º de la CE. de que sea arbitrado un procedimiento sumario y preferente que restaure el derecho fundamental a la tutela judicial de quienes hubieran visto infringido su derecho de defensa por irregularidades formales generadoras de efectiva y real indefensión, la posición del Ministerio Fiscal en cuanto garante constitucional de tales derechos fundamentales, determinaría ya de por sí su legitimación por intervenir. Pero de otra parte, tampoco puede olvidarse el mandato contenido en el artículo 124 de la CE. que confiere al Fiscal la responsabilidad de defender la legalidad y el propio interés público y, resulta evidente que, cuando las normas procesales han sido incorrectamente aplicadas, corresponderá al Fiscal instar, en este caso, del propio órgano jurisdiccional que hubo incurrido en dicha infracción, su propia corrección a través del mecanismo procesal establecido por el propio legislador. Con ello es evidente que se restaura la propia Legalidad vulnerada y, al mismo tiempo, se satisface el interés general y público que demanda una Administración de Justicia respetuosa con dicha legalidad, a la que está sometida, y, en definitiva, con los derechos de los ciudadanos.

En consecuencia, con este argumento constitucional estaría ya justificada, a nuestro entender, la presencia del Fiscal en el incidente que estudiamos.

b) *En íntima conexión con el anterior, resulta desde nuestro punto de vista evidente que un segundo argumento avala, además, la tesis de que el Ministerio Público ha de intervenir en estos incidentes de nulidad, y no es otro que el del convencimiento de que nos hallamos ante un proceso totalmente autónomo de aquél del que trae causa.*

En efecto, el objeto de este proceso de nulidad no es el mismo que el precedente en que supuestamente se pudo haber cometido la infracción procesal que ahora se denuncia, en primer lugar porque lo que en éste se enjuicia, a diferencia de aquél, es una nueva pretensión, como es la de que el propio Órgano Jurisdiccional que supuestamente pudo haber cometido un quebrantamiento de forma, ya sea en el trámite ya en su decisión final, aprecie si el mismo se ha producido efectivamente o no, debiéndolo restablecer en el primero de los casos, porque de haber contestado afirmativamente a la pretensión se habrá vulnerado un derecho fundamental de la parte constitucionalmente protegido.

Estamos, por consiguiente, ante un verdadero proceso con transcendencia constitucional de tutela de derechos fundamentales y, por consiguiente, si la causa de pedir y lo que se pide es totalmente diferente del suplico que se recogía en la pretensión inicialmente instada en el precedente proceso, no podremos decir que aquél sea, a pesar de su denominación, un verdadero *incidente*, al tener verdadera sustantividad propia.

Pues bien, si se trata de un proceso totalmente autónomo del anterior, al que sólo le une el vínculo de conexión de su existencia subordinada, pues su aparición viene, lógicamente, condicionada por el surgimiento de aquél, y por que su resolución condiciona, también, su final, pero que tiene un objeto, sentido, finalidad y decisión totalmente diferente, no se alcanza la idea de que en el mismo no pueda intervenir alguien que tiene un interés legítimo en este proceso, como es el interés público de que se cumpla correctamente la ley. A mayor abundamiento, si tal interés, como no podía ser menos, es legítimo, lógicamente debe quedar, también, tutelado mediante la posibilidad de intervenir y ser oído en el proceso.

Tales argumentos, a mi manera de entender, constituyen aval suficiente como para afirmar la plena legitimación del Fiscal para intervenir como parte en el mismo.

Resta, finalmente, por analizar la segunda de las cuestiones que nos habíamos planteado, relativa a la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda instar la incoación del incidente que estudiamos.

Al igual que en el caso anterior, tampoco se advierten especiales problemas para que el Fiscal, con legitimación propia, inste la apertura del expediente en aquellos procesos en los que haya intervenido, cuando estime que la existencia de defectos de forma o de incongruencia puedan haberle generado una indefensión material en el proceso.

Tal cuestión ya ha sido abordada, por ejemplo, en la Jurisdicción Penal, en donde la Sala Segunda del Tribunal Supremo ⁽¹⁷⁾ ha admitido plenamente y a través del cauce del artículo 849.1.º de la LECr en relación con el artículo 5.4.º de la LOPJ la posibilidad de que el Ministerio Público pueda formalizar un recurso de casación amparándose en la vulneración de la tutela judicial efectiva, en cuanto que es parte en un proceso y, en consecuencia, defiende en el mismo un determinado interés que, como se ha expuesto, es el interés público.

Incluso es admitida por ésta la denominada *legitimación por sustitución* ⁽¹⁸⁾, que opera en beneficio del acusado por la vía del principio *pro reo* o en favor de la víctima.

Por su parte, también la doctrina del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la legitimación del Ministerio Fiscal, aludiendo en concreto a la posibilidad de que el mismo pueda formalizar el recurso de amparo por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva ⁽¹⁹⁾, señalando, por ejemplo, que esa legitimación del Ministerio Fiscal se configura como un *ius agendi* reconocido a este órgano por su específica posición institucional dentro del proceso, que le confiere el artículo 124 de la CE, y si bien en la promoción del recurso de amparo defiende derechos fundamentales, lo hace «*y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino en cuanto portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos*». ⁽²⁰⁾

⁽¹⁷⁾ SSTS de 20 de noviembre de 1996 (ref. A. 8314), 6 de febrero, 15 de octubre y 11 de diciembre de 1996 (refs. A. 912, 7142 y 8900) y 27 de noviembre de 1997 (ref. A. 8354).

⁽¹⁸⁾ La más significativa es la STS de 25 de noviembre de 1997 (ref. A. 8354), que recoge toda la doctrina jurisprudencial sobre la materia.

⁽¹⁹⁾ SSTC 4/87, 198/87, 81/90, 188/92, 220/93 y 256/94.

⁽²⁰⁾ STC 86/85.

La doctrina expuesta habría que completarla, no obstante, con diversas matizaciones que aluden a que esta legitimación queda circunscrita a determinadas manifestaciones del artículo 24 de la CE, como puedan ser el derecho a la tutela, igualdad de armas o el derecho a la prueba ⁽²¹⁾.

Tampoco existe obstáculo constitucional para que el Fiscal pueda ostentar la legitimación por sustitución en la formulación del recurso de amparo en beneficio del imputado dentro del proceso penal, como se ha encargado de señalar, también, reiterada jurisprudencia constitucional en relación con esta modalidad ⁽²²⁾, de ahí que la cuestión inicialmente planteada deba resolverse, igualmente, de forma positiva, en el sentido de que el Fiscal, en el ejercicio de su función de velar por el cumplimiento de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos pueda instar del órgano judicial la nulidad de lo actuado, y, por ende, la apertura y resolución de este proceso judicial de amparo.

5. **COMPETENCIA:** el párrafo segundo del apartado 3.º del artículo 240 de la LOPJ. reputa competente para el conocimiento de este proceso de tutela al mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia o resolución que adquirió firmeza, por considerar que ningún otro se encuentra en mejor situación de enjuiciar los motivos de la nulidad invocados, que aquél mismo que los originó.

Pese al recelo que, en principio, pueda generar la decisión normativa de atribuir el conocimiento del incidente al mismo órgano que lo causó, consideramos que la opción elegida es un acierto del legislador, por cuanto ello permite al mismo juzgado o tribunal que la provocó, rectificar la irregularidad invocada y así preservar el derecho de las partes a la tutela judicial, amén de que ningún otro órgano está en mejor disposición, teniendo en cuenta el principio de inmediatez, de advertir prontamente el error invocado.

6. **PLAZO DE FORMALIZACIÓN:** este procedimiento de tutela presenta un doble plazo de caducidad para su ejercicio, al disponer el legislador que, de una parte, el mismo deberá instarse en un término improrrogable de veinte días (art. 240, apartado 3.º, párrafo segundo de la LOPJ.) coincidiendo, como puede advertirse, con el mismo

⁽²¹⁾ En concreto, en el ATC 63/97 el Tribunal Constitucional señala que: «No todos los derechos del artículo 24 corresponden indiscriminadamente a cualesquiera partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que, por ser consustanciales a la misma idea del proceso (derecho a la tutela, igualdad de armas, derecho a la prueba...) asisten a todas las partes procesales, permanecen otros que, para reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en las esferas del proceso, son de la exclusiva titularidad de la defensa», entre los que cita el derecho al juez imparcial o al principio acusatorio (STC 136/92), la presunción de inocencia o el derecho penal de defensa, por lo que «no corresponde reclamar su protección constitucional a las partes acusadoras».

⁽²²⁾ El Tribunal Constitucional ha reconocido, en ocasiones, la legitimación para recurrir en amparo de modo excesivamente amplio (STC 217/1992). Pero, por regla general se ha atendido a admitirla cuando se invoca la vulneración de derechos fundamentales propios o excepcionalmente de derechos ajenos, atendiendo a la especial relación del recurrente con la tutela del derecho o con el derecho mismo (SSTC 141/1985, 257/1988, 11/1992 y 90/1995, entre otras). Dada la naturaleza del recurso de amparo y sus límites objetivos, sólo a esos casos que, en su mayoría, pudieran denominarse la legitimación por sustitución en los que, sin ser el titular se invoca el derecho de otro y se recaba la tutela en favor suyo, podrá aplicarse la legitimación por interés legítimo a que hace referencia el artículo 162.1, b), de la CE. Pero ese interés legítimo comporta una posición específica respecto al derecho vulnerado que ha de hallarse reconocida de algún modo por el ordenamiento y que no se confunde con los beneficios, ajenos a los derechos fundamentales, que del reconocimiento de los mismos pueda obtener un tercero (STC 90/95).

plazo establecido por el artículo 44, apartado 2.º de la LOTC. para la formalización del recurso de amparo, lo que, como veremos, puede ayudar a resolver algunas de las dudas interpretativas que puedan surgir de su redacción.

A falta de disposición específica, se deberá reputar que los días son hábiles y no naturales ⁽²³⁾.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, en todo caso, la formalización del incidente ha de realizarse antes de que transcurran cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución.

El cómputo del *dies a quo* de los indicados plazos precisa de algunos esfuerzos interpretativos, debiéndose distinguir:

De una parte, respecto de aquéllos que, ostentando un interés legítimo en el objeto de la pretensión, hubieran comparecido y actuado como partes en el proceso, el plazo de los veinte días comenzará a computarse desde que se hubiere efectuado la notificación de la resolución a dicha parte.

La única dificultad interpretativa estriba en saber si dicho cómputo debe correr desde el momento mismo de la notificación a la representación procesal de la parte, tal y como ha establecido la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del recurso de amparo ⁽²⁴⁾, o, como sucede, por ejemplo, en los recursos ordinarios de la jurisdicción penal, en que el plazo de caducidad para su interposición comienza a computarse a partir del día siguiente a aquél en que se ha realizado la notificación efectiva al interesado, iniciándose dicho plazo a partir de la última de las notificaciones acaecidas, lo que puede acarrear una dilatación del plazo, superior a la prefijada.

Dada la vocación de generalidad que para toda clase de procesos, cualquiera que sea su jurisdicción, tiene este incidente de nulidad y teniendo en cuenta, por otra parte, su propia naturaleza jurídica de proceso de tutela de derechos fundamentales que puede ser instado excepcionalmente contra resoluciones ya firmes, considero que la opción más apropiada, a falta de doctrina jurisprudencial más caracterizada que puedan establecer los propios órganos jurisdiccionales competentes, ha de ser, por analogía, la ya acogida por el Tribunal Constitucional, entendiéndose que el inicio del cómputo de caducidad habrá que situarlo en el día siguiente hábil a aquél en que se hubiere notificado la resolución impugnada a la representación procesal de la parte, sin que, en su caso, la notificación personal al interesado tenga ninguna sustantividad al respecto.

Por otro lado, en la medida en que este procedimiento sólo puede iniciarse a instancia de parte legítima y no de oficio por el órgano jurisdiccional, habrá que convenir, coherentemente con lo ya expuesto, que el cómputo de caducidad deberá ser referido también, en lo que se refiere a la determinación del *dies a quo*, a aquél en que se hubiere notificado a la representación procesal de dicha parte que plantea la nulidad, aplicándose, igualmente, por analogía la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular, habida cuenta de la semejante naturaleza jurídica de este procedimiento con el de amparo constitucional, y todo ello sin olvidar el carácter excepcional de este medio impugnativo.

⁽²³⁾ Artículos 301 y ss de la LEC.

⁽²⁴⁾ SSTC 120/86, 52/91 y 99/93, y ATC 476/85, entre otros.

De otro lado, para quiénes no hubieren actuado como partes en el proceso del que trae causa este incidente, pero, por ostentar un interés personal y legítimo en el mismo, hubieran debido ser emplazados al mismo, el plazo de los veinte días empezará a computarse «desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión», operando, en este caso, el segundo de los límites cronológicos establecidos por la norma y es que, en todo caso, y por respeto al principio de seguridad jurídica, deberá instarse siempre antes del transcurso de los cinco años de la notificación de la sentencia o resolución.

La única duda interpretativa que suscita este supuesto se refiere, al igual que en el caso anterior, a la determinación del *dies a quo* en que deban computarse los dos plazos de caducidad establecidos por la norma.

En lo que respecta al primero de ellos, esto es el de los veinte días, considero que el legislador ha introducido un verdadero elemento de inseguridad por el alto componente de subjetividad que el mismo encierra. En efecto, en lugar de haber establecido un término mucho más objetivable como pudiera ser el determinado para otros medios impugnativos excepcionales que regula nuestro ordenamiento procesal ⁽²⁵⁾, consistente en situar el inicio del cómputo en el día siguiente a aquél en que el interesado hubiere tenido conocimiento efectivo de la resolución firme, ha escogido otro diferente como es el de fijarlo en el siguiente día hábil a aquél en que dicho interesado hubiere tomado conocimiento del defecto causante de indefensión, lo que puede traer como consecuencia en la práctica que, a título de mero ejemplo, una persona no comparecida en el proceso hubiere tenido conocimiento de una resolución judicial firme que hubiera podido afectar a sus intereses y pese a haber tenido conocimiento de su existencia, no la impugnare hasta pasado mucho más tiempo con el mero requisito de acreditar que hubo tenido conocimiento efectivo de la irregularidad procesal antes del transcurso de los dos límites cronológicos que establece la norma.

El riesgo, pues, de inseguridad jurídica que puede traer consigo una práctica abusiva del incidente apoyada en una verdadera conducta fraudulenta de quien aduce haber sido vulnerado en su derecho fundamental a la tutela por la vía indicada puede ser evidente, por lo que los órganos jurisdiccionales competentes para resolver el nuevo procedimiento deberán, sin duda, extremar su diligencia a la hora de decidir, no sólo ya sobre el fondo de la pretensión de amparo invocada en el mismo, sino, lo que es más importante, extremar su cuidado en el precedente trámite de admisión que establece el precepto habilitante.

7. PROCEDIMIENTO: una vez instado este procedimiento, la exigua regulación del incidente prevista en nuevo el apartado 4.º del artículo 240 de la LOPJ. contempla dos fases diferenciadas que se suceden cronológicamente:

a) Fase de Admisión: el legislador ha previsto un inicial trámite de admisión que tiene por objeto salvaguardar, de una parte, la vigencia del principio de seguridad jurídica materializado en la intangibilidad e inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, y de otra, preservar la excepcionalidad de este incidente.

⁽²⁵⁾ Por ejemplo el recurso de anulación contra sentencias dictadas en ausencia, en el ámbito del procedimiento abreviado, que establece en su artículo 797, apartado 2.º, de la LECr. prevé que el plazo de los diez días para su formalización se inicie a partir del día en que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia. O, en el caso de la audiencia al rebelde, en que el plazo debe computarse a partir de la fecha de publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial» de la provincia (art. 775 de la LEC).

En consecuencia, se confiere al órgano jurisdiccional competente la posibilidad de dictar una resolución, que estimamos habrá revestir forma de auto motivado, por la cual se decida sobre la admisión del escrito y demás documentos que podrá acompañar el interesado en apoyo de su pretensión.

El trámite de admisión plantea dos interrogantes:

a') En primer lugar, la delimitación del contenido de dicho auto, si bien tal cuestión es fácilmente solucionable con una interpretación sistemática de los preceptos que regulan todo el trámite y teniendo en cuenta la finalidad que persigue este procedimiento. Por consiguiente, el juez deberá determinar si se han cumplido los presupuestos procesales necesarios, referidos a los plazos de formalización, determinación de su jurisdicción y competencia para el conocimiento del asunto, apreciación de la firmeza de la resolución objeto de impugnación y concurrencia del necesario interés legítimo que determine su legitimación para formalizarlo. Y, al mismo tiempo, razonar si los motivos invocados en el escrito de planteamiento se ajustan a los establecidos en la Ley.

b') En segundo término, nada dice la norma legal sobre la posibilidad de impugnar la resolución judicial de admisión a trámite o bien de inadmisión de este incidente de nulidad.

A falta de prohibición expresa debemos convenir en que, al menos en el caso del auto de inadmisión a trámite del incidente, procederá un recurso no devolutivo contra dicha decisión, es decir, bien el recurso de reposición o reforma, si se trata de un órgano unipersonal, bien el de súplica, si se refiere a un órgano colegiado. El fundamento de esta admisibilidad debe encontrarse en la propia naturaleza del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se pretende sustanciar en el incidente.

En efecto, una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ⁽²⁶⁾ sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción y al proceso, ha venido a determinar que cuando de éste se trata, el mismo tiene una configuración constitucional, de tal manera que la efectividad de aquél exige que, a la hora de examinar los presupuestos necesarios para la admisión a trámite de dicho proceso el órgano jurisdiccional prescinda de criterios rigoristas que, de manera desproporcionada, impidan el acceso de la parte a su legítima pretensión de obtener un pronunciamiento de fondo sobre la misma. Pues bien, aplicada la indicada doctrina al problema que ahora analizamos, es evidente que si nos hallamos ante un nuevo proceso, totalmente autónomo del que trae causa, que tiene una pretensión totalmente distinta de aquél, con un contenido constitucional como es el de la invocación del derecho fundamental a la tutela judicial, respecto del que el legislador específicamente no se ha pronunciado en orden a la admisión o prohibición expresa del recurso contra dicha resolución, el principio *favor actionis* o de la plena efectividad del derecho fundamental a la tutela determina que haya de estarse a lo que disponen las normas generales del procedimiento que, conforme a un criterio de interpretación sistemática, operan en este caso como normas supletorias de este procedimiento, y, en consecuencia,

⁽²⁶⁾ Cuyo exponente más meridiano puede hallarse en la STC 37/95, que estableció con toda claridad los contornos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción y al recurso.

habremos de concluir que la resolución dictada en el trámite de admisión es susceptible del recurso no devolutivo antes mencionado, correspondiendo la legitimación activa para su interposición a todos los interesados que, habiendo instado la apertura del incidente de nulidad, hubieren visto desestimada su pretensión, mientras que la legitimación pasiva para su impugnación correspondería a todos los que, en la vía ordinaria hubieren obtenido resolución favorable a sus pretensiones y pudieran verse perjudicados con una nueva resolución rescisoria de la inicialmente obtenida en el anterior proceso. Igualmente, el Ministerio Fiscal, en los supuestos en que no hubiere instado la admisión del incidente, deberá comparecer en el lado pasivo de la relación procesal.

Qué duda cabe que el anterior fundamento constitucional únicamente opera respecto de las resoluciones judiciales de inadmisión de este incidente de nulidad, pero no resuelve la problemática respecto del supuesto inverso, es decir, de los casos en que la resolución judicial hubiere sido favorable a la nueva pretensión ejercitada y, por tanto, hubiere admitido a trámite dicho incidente.

Entendemos que en este caso no es posible el recurso, toda vez que la propia dinámica ulterior del procedimiento permite a las demás partes formular las correspondientes alegaciones a la solicitud de nulidad ahora interesada, por lo que queda satisfecho su derecho de contradicción y defensa y, en consecuencia, la posibilidad de admitir un recurso no devolutivo en estos casos lo único que podría generar es una dilación desproporcionada y no aconsejable del proceso, amén de reiterativa por reproducción en trámite posterior de semejantes pedimentos, por lo que, en definitiva, estaría fuera de todo lugar la posibilidad de impugnar el contenido de una resolución meramente interlocutoria, cuando posteriormente puede ser combatida, al mismo tiempo que los argumentos de la contraparte, en el trámite de alegaciones correspondiente.

b) Procedimiento: el procedimiento en sí mismo considerado comienza propiamente con la admisión a trámite del incidente, presentando los siguientes aspectos importantes, a pesar de su mínima regulación:

En primer lugar, contempla la posibilidad de iniciar un incidente de suspensión de la ejecución del fallo impugnado. Tal incidente está concebido a semejanza del regulado para el recurso de amparo por el artículo 56 de la LOTC ⁽²⁷⁾, pero a diferencia de éste, no regula expresamente, ni si puede ser acordado de oficio por el órgano jurisdiccional o a instancia de parte, tampoco prevé un trámite de audiencia a las demás partes comparecidas y al Ministerio Fiscal, habida cuenta, además, de la relevancia que puede conllevar para la parte que obtuvo la inicial resolución favorable el que se acuerde o no la suspensión —pensemos, por ejemplo, en pronunciamientos de tipo económico—, como tampoco contempla si la suspensión puede ser instada y acordada en el momento mismo de la admisión a trámite del incidente de nulidad o en un momento posterior, antes, lógicamente, de su resolución definitiva.

Entiendo que ningún obstáculo existe para que el órgano jurisdiccional pueda actuar de oficio o a instancia del propio solicitante de la nulidad y que la decisión que adopte sobre dicha suspensión podrá hacerla en cualquier momento anterior a la resolución definitiva del procedimiento pero, lógicamente, con la inexcusable premura temporal que debe conllevar una decisión de esta naturaleza.

⁽²⁷⁾ Así como en otros procedimientos de tutela de derechos fundamentales, como ocurre, por ejemplo, en la jurisdicción contencioso-administrativa regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

Por otra parte, al no contemplarlo expresamente, entiendo que el trámite de audiencia a las partes previo a la suspensión de la ejecución que sí ha sido regulado para el recurso de amparo en el artículo 56, 2.º de la LOTC, no debe tener lugar, habida cuenta de la celeridad con que ha sido concebido el procedimiento que, además aspira a una rápida resolución para evitar en lo posible una prolongación excesiva y desproporcionada de su sustanciación.

El incidente de suspensión deberá ser acordado «de forma expresa», términos éstos que habrán de ser interpretados en el sentido de que deberá culminar con el correspondiente auto motivado.

Respecto del sentido que deba adoptar dicha resolución, la norma general establecida por el precepto es el de la no suspensión de la ejecutividad de la sentencia o resolución judicial impugnada, respondiendo así al principio de interés general de que las resoluciones judiciales deban ser cumplidas en todo su contenido y en los términos delimitados por las mismas. En este sentido se manifiesta, también, una copiosa doctrina del Tribunal Constitucional ⁽²⁸⁾.

Ahora también, el precepto, al igual que la homónima norma reguladora del incidente de suspensión en el recurso constitucional de amparo, establece como excepción que sí procederá dicha suspensión cuando «el incidente pudiera perder su finalidad».

Para interpretar el significado y delimitar el ámbito de esta excepción que, en todo caso, deberá tener un carácter muy restringido, puede servir de criterio clarificador la doctrina del Tribunal Constitucional ya acuñada en una abundante jurisprudencia sobre este particular, y cuyos aspectos más relevantes son los siguientes:

a) Cuando el contenido del fallo suponga una restricción del derecho a la libertad personal, caracterizado, por ejemplo, por una condena penal privativa de libertad o de derechos ⁽²⁹⁾, el Alto Tribunal, con carácter general y teniendo en cuenta la gravedad y naturaleza del hecho enjuiciado, el bien jurídico protegido en su caso, la trascendencia social, la duración de la pena y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma, suele acordar la suspensión de la ejecución de la sentencia o resolución judicial correspondiente ⁽³⁰⁾.

b) También suele acordar la suspensión de la ejecución en todas aquellas resoluciones que afecten a otros bienes o derechos de difícil o imposible restitución a su estado anterior ⁽³¹⁾.

c) Respecto de las resoluciones de contenido económico, en principio, el Alto Tribunal ha establecido una doctrina contraria a la suspensión de la ejecución de resoluciones judiciales que impongan determinadas satisfacciones de contenido pecu-

⁽²⁸⁾ En este sentido, por ejemplo, los AATC 120/93 y 349/96, en relación con el incidente de suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales cuando es admitida a trámite la demanda de amparo, destacan textualmente que «en un Estado de Derecho las Sentencias claman por ser cumplidas, como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial».

⁽²⁹⁾ Las penas accesorias que siguen la condición de la principal (ATC 316/93, que cita otros anteriores) y otras penas como, por ejemplo, la de privación del permiso de conducir (AATC 136/96 y de 2 de marzo de 1998 recaído en el recurso número 3.403/97), también han sido objeto de suspensión por parte del TC en su ejecución.

⁽³⁰⁾ AATC 116/90, 120/93, 316/93, 289/95, 302/95, 322/95 y 266/97, entre otros.

⁽³¹⁾ Tal es el caso, por ejemplo, de los AATC 25/95, 89/97 y 98/97.

niario ⁽³²⁾, salvo que la parte obligada a su cumplimiento hubiere acreditado suficientemente que su cumplimiento pudiera acarrearle perjuicios irreparables ⁽³³⁾.

En todo caso y con independencia de la propia doctrina que los diferentes órganos jurisdiccionales puedan ir adoptando en lo sucesivo, a la vista de los supuestos de hecho que les vayan siendo planteados siempre habrán de tener en cuenta como criterio general de interpretación el de la ejecución con carácter general de la resolución dictada y ya firme para preservar, también, el derecho de la parte que obtuvo una resolución favorable a que la misma sea ejecutada en sus propios términos. Tan sólo en casos muy concretos y con un planteamiento muy restrictivo podrá acordarse la suspensión.

El auto que resuelva este incidente de suspensión de la ejecutividad de la decisión judicial anteriormente adoptada ha de entenderse como irrecorrible, dada la naturaleza de este procedimiento, la celeridad en su sustanciación y, en definitiva, la inutilidad práctica que conllevaría el que el mismo órgano jurisdiccional que adoptó un determinado criterio hubiere de pronunciarse nuevamente sobre el mismo presupuesto de hecho y bajo las mismas expectativas.

En segundo término, en lo que atañe al procedimiento en sí mismo considerado, la nota más relevante es la de la parca regulación que presenta, pues se limita simplemente a ordenar el traslado por término común de cinco días a las demás partes, del escrito de solicitud del incidente y de los documentos que se hayan acompañado para acreditar la irregularidad procesal invocada, debiendo, también, evacuar por escrito dicho trámite de contestación, a lo que seguirá la resolución judicial que pondrá fin al incidente.

Quizá el legislador llevado del principio de celeridad que subyace a lo largo de todo el procedimiento, no ha previsto más que una sucesión muy breve y limitada de actuaciones que persiguen una pronta solución judicial de este proceso de tutela.

Sin embargo, a veces tratándose de un procedimiento que pretende ser de garantía y efectividad de derechos fundamentales, la celeridad y la prisa no es buena compañera, porque lo que aspira a ser eficaz por acelerado, puede generar notables problemas interpretativos que conduzcan a un incremento sustancial de la inseguridad jurídica.

A título de ejemplo la nueva norma no establece ni siquiera mediante una modificación de las disposiciones generales de las diferentes leyes que regulan los distintos tipos de procesos, si las partes que insten su incoación han de comparecer asistidas de abogado y representadas por procurador de los tribunales o, por el contrario, podrán personarse sin auxilio de dichos profesionales; tampoco se señala en la nueva normativa un plazo para que el órgano jurisdiccional resuelva este incidente de nulidad, lo que puede acarrear alguna dificultad de retraso injustificado. Tampoco establece la forma que haya de adoptar la resolución que ponga fin a este proceso, no indicando si ha de ser un auto o, por el contrario, una sentencia; no contiene pronunciamiento alguno sobre costas o, como sucede, en el caso del procedimiento constitucional de amparo, la previsión legislativa —art. 95, ap. 3.º de la LOTC— de imponer sanciones pecuniarias a los que formularen escritos instando este incidente de modo temerario

⁽³²⁾ AATC 573/85, 275/90, 6/96, 48/96 y 86/97, entre otros. Circunstancia que, también, es extensible al pronunciamiento sobre costas procesales (AATC 83/97 y 143/97).

⁽³³⁾ AATC 253/95 y 118/96.

o con abuso de derecho; finalmente, tampoco determina si la resolución que pone fin al procedimiento es o no susceptible de algún recurso antes de agotar la vía judicial.

Como puede apreciarse son múltiples cuestiones las que suscita el nuevo procedimiento que exigen al intérprete de una respuesta inmediata para su ulterior aplicación en la realidad práctica.

La única alternativa posible es recurrir a una interpretación integradora del ordenamiento jurídico supliendo las lagunas legales mediante la técnica de la aplicación analógica de otras normas de semejante contenido.

En este sentido y aún cuando el incidente de nulidad de actuaciones esté, con carácter general, expresamente proscrito por los artículos 240, 2.º inciso primero de la LOPJ y 742 párrafo segundo de la LEC no queda más remedio que, en lo sustancial y en cuanto no resultare incompatible con la naturaleza y fines perseguidos por este procedimiento, aplicar analógicamente sus normas —arts. 741 y ss. de la LEC—, así como otros principios generales deducidos de las leyes procesales, en especial del procedimiento constitucional de amparo con el que guarda íntimas semejanzas, toda vez que a través de los mismos se garantiza la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Analizando, pues, las cinco lagunas legales advertidas, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, resulta evidente que por la importancia del procedimiento que ahora se analiza, en la que se pretende garantizar nada menos que el derecho fundamental a la tutela judicial y, por consiguiente, de naturaleza y alcance constitucional, la asistencia de letrado y la representación por procurador debe ser preceptiva. Por otra parte, la excepcionalidad de los motivos sobre los que se apoya exigen de los lógicos conocimientos jurídicos que únicamente puede aportar un profesional del Derecho. Por ello, tal problemática halla una rápida respuesta positiva en los argumentos que acabamos de esgrimir.

En segundo término, por lo que se refiere al plazo para dictar resolución, a falta de norma expresa, deberá serlo en el plazo más breve posible teniendo en cuenta el carácter sumario y preferente de este procedimiento y el principio de celeridad que rige en el mismo.

Seguidamente, abordando la tercera de las cuestiones suscitadas, podemos afirmar en lo que atañe a la forma que deba adoptar el tipo de resolución que ponga fin a este procedimiento, si bien pudiera pensarse en la modalidad del auto, dado que el artículo 245.1, b), de la LOPJ establece esta formalidad para la resolución de cuestiones incidentales, entendemos que debe ser en todo caso de sentencia por dos razones: en primer término porque nos hallamos, como hemos venido destacando a lo largo de todo este trabajo, ante un verdadero proceso autónomo y diferente de aquel del que trae causa, con auténtica sustantividad en su objeto y fines, luego la resolución que ponga término al mismo no puede adoptar otra formalidad que la de la sentencia, tal como, igualmente, prescribe el artículo 245.1 c) de la LOPJ. Y en segundo lugar, porque no resultaría coherente en buena técnica procesal que una sentencia firme pudiera ser rescindida por otra resolución que, aunque motivada como la anterior, se encontrare en una posición de subordinación en la escala general de modalidades de resolución judicial.

La siguiente cuestión, relativa a la imposición de costas, a falta de normativa específica, podría optarse o por el principio genérico consagrado en nuestro Ordenamiento Jurídico del vencimiento objetivo —art. 523 de la LEC— o bien, por el que sigue el proceso constitucional de amparo que es el de señalar que este procedimiento es gratuito, sin perjuicio de que en los casos de mantenimiento de posiciones infundadas, temeridad o mala fe apreciadas por el órgano jurisdiccional, pueda imponerse la condena en costas. O, finalmente, no establecer un criterio genérico para todos los supuestos, sino derivar esta materia a los criterios legales establecidos por el procedimiento del que trajere causa el incidente, de tal manera que, en función del tipo de procedimiento que hubiere suscitado la incoación de este proceso se aplicaría el criterio previsto por la norma procesal respectiva a cada uno de ellos.

Entiendo que el primero de los criterios es descartable porque, amén de referirse únicamente a procedimientos declarativos civiles, no responde a la esencia y naturaleza de este procedimiento que, ante todo se sustancia para restañar manifiestas deficiencias formales cometidas por el propio órgano judicial que ahora resuelve rescindir las, sin olvidar que la imposición de las costas a la parte perdedora del incidente pudiera acarrear acumulados perjuicios de toda naturaleza a los que ya pudo haber sufrido la misma como consecuencia de la propia aparición de este nuevo procedimiento que dilata aún más la efectividad de su derecho a la ejecución de la resolución firme, si es que se trataba de la parte que inicialmente había obtenido la satisfacción judicial de sus pretensiones. Y, por el contrario, la vigencia de la condena en costas podría acarrear notables prevenciones a quienes se hubieren sentido indefensos por la inicial resolución judicial objeto de impugnación y se mostraren reacios a instar la nulidad ante el temor de que, de no ser apreciada su pretensión, pudiera acarrearle una nueva condena en costas, además de la ya padecida en la vía judicial anterior.

Igualmente, el tercero de los sistemas propuestos presenta una importante dosis de inseguridad jurídica carente de fundamento, entre otras razones porque en pura coherencia, con lo anteriormente expuesto, de que se trata de un nuevo proceso totalmente autónomo del anterior no sólo por su objeto sino también por sus fines, no tiene sentido que a igualdad de pretensiones y de resoluciones judiciales desestimatorias de aquéllas, en unos casos proceda la imposición de condena en costas y en otros no, dependiendo del tipo de proceso que hubiere motivado el incidente. Se trataría de una respuesta legislativa desigual para situaciones jurídicas semejantes, lo cual podría incurrir en contradicción con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la CE.

Por exclusión, pues, de los anteriores entendemos que el segundo de los sistemas sugeridos representa la mayor dosis de garantía de la efectividad del derecho fundamental que es el objeto de este procedimiento, representando, además, un mejor trato igualitario para todos los promovientes del proceso, cualquiera que sea el tipo de jurisdicción o procedimiento del que trajere causa este incidente, y supone, también, mayores cuotas de seguridad jurídica al tiempo que permite al órgano jurisdiccional reprimir exclusivamente aquellos comportamientos abusivos, temerarios o carentes manifiestamente de fundamento que pretendieren un retraso indebido e injustificado en la solución definitiva de los procesos judiciales. Por ello, estimo que para solventar esta problemática debe aplicarse análogicamente el sistema prevenido en el artículo 95, apartados 1.º y 2.º de la LOTC.

Finalmente, el último de los problemas interpretativos que se advierten en el procedimiento de nulidad se refiere al de la posibilidad o no de impugnación de la sentencia que se dicte para poner término a este proceso.

Pues bien, dada la naturaleza sumaria y preferente de este procedimiento entiendo que la resolución final que se dicte no será susceptible de recurso, pues de lo contrario estaríamos ante una nueva repetición del proceso que, además no generaría nada más que una dilación indebida del procedimiento.

Por consiguiente, contra la sentencia dictada en el incidente de nulidad sólo cabrá, en su caso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, agotándose, por consiguiente, la vía judicial previa al mismo.

Quedaría, para agotar el análisis del procedimiento de este incidente, una última cuestión interpretativa que puede enunciarse de la siguiente manera: la ley no ha previsto una limitación a la posibilidad de reproducir el incidente de nulidad durante el período de caducidad de los cinco años, en que puede pender sobre la resolución definitivamente dictada una verdadera espada de Damocles que se traduzca en sucesivos incidentes de nulidad instados contra aquélla o contra las sucesivas, que, en su caso, pudieran dictarse resolviendo los diferentes incidentes sucesivos que se hayan instado.

Este grave inconveniente puede repetirse en la práctica forense con relativa frecuencia. Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de un proceso que, por afectar a múltiples interesados no emplazados personalmente ⁽³⁴⁾, finalizare con sentencia firme y que, ulteriormente, a lo largo de los cinco años siguientes al de la última notificación de dicha resolución fueren remitiendo diferentes escritos formalizados por distintas personas que alegaren un interés legítimo en la resolución del asunto, instando en períodos de tiempo sucesivos el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones, de tal manera que a la sentencia dictada en el primero de ellos le fueran sucediendo ulteriores incidentes fundamentados en el mismo vicio formal, en este caso de falta de emplazamiento personal. Pues bien, la norma legal no contempla un elemental límite prohibitivo de reproducción de incidentes que garantizara la seguridad jurídica respecto de la firmeza de la resolución final dictada. Si, además, el procedimiento se pretende que sea ágil y rápido, podremos tener una verdadera cadena de resoluciones finales, una detrás de otra, antes de que se agote el plazo de caducidad de los cinco años ya señalados.

Realmente, para este último problema no hallamos ninguna solución interpretativa, a menos que con un criterio restrictivo el órgano judicial impida en el trámite de admisión la posibilidad de reproducir el incidente por estimar que no se cumplen los presupuestos procesales, circunstancia ésta que en el caso de tratarse de nuevos interesados que no pudieron intervenir en el proceso del que trae causa el incidente ni tampoco en este mismo, podría generar, a su vez, una nueva indefensión material, susceptible ya de ser recurrida en la vía constitucional del amparo.

Como se ha expuesto, a menos que por la vía de la decisión judicial de inadmisión se acuerde la no reproducción del incidente, no podemos decir que existan límites

⁽³⁴⁾ Suele darse con frecuencia en determinados procedimientos en materia de personal, seguidos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

legales a la posibilidad de reproducción del incidente, con los notables perjuicios que para la seguridad jurídica puede acarrear tal eventualidad.

III. APLICACIÓN TRANSITORIA DEL NUEVO INCIDENTE

La Disposición Transitoria Primera de la LO 5/1997 permite la aplicación retroactiva del nuevo incidente de nulidad a todas aquellos procesos que hubieren finalizado por sentencia o resolución judicial irrecurrible dentro del mes anterior a la promulgación de dicha Ley, comenzándose a computar dicho plazo a partir del día siguiente a dicha promulgación, esto es a partir del 5 de diciembre de 1997, toda vez que el inicio de dicho plazo empezó a correr, no desde el día siguiente al de la publicación de la norma legal, que es cuando entró en vigor ésta, sino a partir del siguiente al de su promulgación, que fue el 4 de diciembre, como se ha expuesto.

El principal problema que plantea esta disposición transitoria es el de determinar el *dies a quo* en que debe empezar a computarse este período de aplicación retroactiva de la nueva norma, teniendo en cuenta, además, que la introducción de este nuevo incidente de nulidad produce consecuencias importantes en todo el sistema procesal de recursos, en la medida en que, para salvaguardar el principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, antes ha de acudirse a dicho incidente cuando el derecho fundamental supuestamente vulnerado sea el derecho a la tutela judicial efectiva apoyado en alguno de los dos motivos contenidos en el precepto que estudiamos.

Entendemos que la interpretación más acorde con la naturaleza y finalidad perseguida por este nuevo incidente coincide con la afirmación de que el cómputo del plazo debe realizarse a partir de la fecha de la notificación de la última de las resoluciones que otorgó firmeza al procedimiento. Ahora bien, este criterio encuentra una primera dificultad y al mismo tiempo exige una matización importante.

En lo que se refiere a la dificultad ésta puede venir de que la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por ser una cuestión de legalidad ordinaria que el cómputo de un determinado plazo, en este caso para la prescripción del ejercicio de una acción de reclamación, se compute a partir del día siguiente al de la publicación de la resolución firme⁽³⁵⁾ y no de su notificación efectiva, por lo que parece que el Alto Tribunal considera que, en todo caso, la determinación de dicho cómputo corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional competente, lo que, a su vez, puede generar diferentes interpretaciones de la misma norma en función de los distintos criterios sostenidos por cada uno de aquéllos.

Partiendo, pues, de la anterior dificultad, no ciertamente muy superable, es lo cierto que si nos hallamos, precisamente, ante un proceso sumario y preferente, cuya finalidad más característica es la de conseguir la efectividad y plena garantía del derecho a

⁽³⁵⁾ Se trata de las SSTC 42/97 y 160/97, a las que han seguido otras posteriores, que desestimaron las demandas de amparo interpuestas contra una Sentencia de la Sala Tercera del tribunal Supremo que desestimó determinadas reclamaciones económicas por el concepto de responsabilidad patrimonial formuladas por miembros pertenecientes al Colegio de Farmacéuticos contra la Administración, al estimar que había prescrito su acción para efectuar tales reclamaciones en la medida en que el inicio del cómputo de la prescripción debía tener lugar a partir del día siguiente a aquel en que fue publicada la sentencia que reconocía tales derechos y no a partir del día siguiente al de la notificación efectiva de aquélla.

la tutela judicial efectiva, todo criterio interpretativo que contribuya al fortalecimiento de dicha efectividad debe ser acogido. Por consiguiente, entiendo que el acto de la publicación de la sentencia o resolución judicial que ponga término al proceso no puede ser tomado como criterio delimitador del día inicial para el cómputo de aplicación de esta disposición transitoria, porque, como hemos venido destacando a lo largo de todo este trabajo, en muchos casos la impugnación de tales resoluciones a través del presente incidente vendrá propiciada por personas interesadas que no tuvieron oportunidad de ser oídas en el curso del proceso. De ahí que el criterio de la notificación sea el que permita una mayor posibilidad de hacer efectivo el derecho fundamental a la tutela que trata de proteger el incidente.

Ahora bien, la cuestión no se agota en este momento porque, como es sabido, la práctica de las notificaciones no se lleva a cabo simultáneamente a todas las partes personadas en las actuaciones, sino que, en el común general de los casos, ésta se produce de manera sucesiva transcurriendo a veces un excesivo período de tiempo —pensemos, por ejemplo, en las notificaciones realizadas por exhorto— entre la fecha de publicación de la resolución y la de su notificación, y por otra parte ya hemos destacado que en muchos casos los promotores del incidente no van a ser alguna de las partes personadas formalmente en las actuaciones, sino otros que, teniendo un interés legítimo, no hubieran sido emplazados, por lo que, para la correcta delimitación del problema, hemos de distinguir dos supuestos totalmente diferentes: de una parte, aquellos casos en que el promotor del incidente se hubiere personado y actuado en el proceso del que éste trae causa. En tal caso, el plazo transitorio previsto en la Disposición de referencia deberá computarse a partir del día siguiente al de la notificación a su representación procesal. En cambio, para todos los que pretendieren la nulidad de una resolución firme por no haber podido intervenir anteriormente en el proceso en que fue dictada, el plazo debe correr a partir del día siguiente al de la notificación de la última de las resoluciones. Con ello, sin duda, se garantiza la posibilidad de proporcionar una mayor efectividad al derecho fundamental protegido.

En todo caso, la determinación de cuál haya de ser el *dies a quo* a partir del cual comience a transcurrir el plazo para la formalización del incidente cobra especial importancia, no sólo para el propio incidente en sí mismo considerado, sino también produce consecuencias en la ulterior vía subsidiaria del amparo constitucional, por cuanto, según el criterio que se adopte, habrá determinados supuestos en que una vez dictada resolución judicial firme haya de recurrirse directamente al amparo constitucional y, en cambio, en otros supuestos la vía judicial no haya quedado agotada y sea preciso promover este incidente de nulidad.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha visto a lo largo de todo el trabajo, son diversos e importantes los problemas interpretativos que suscita la introducción de este procedimiento en nuestro ordenamiento procesal, que pueden afectar a la seguridad jurídica, de una parte, y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de otra.

Realmente, podrían haberse conseguido los mismos objetivos de obtener en vía judicial una completa satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva mediante

la potenciación de determinados mecanismos procesales que ya estaban en vigor y a los que bastaba con haber introducido una serie de leves modificaciones para cumplir con eficacia esta función, amén de liberar al Tribunal Constitucional del importante lastre de recursos de amparo que han venido ingresando en el mismo, fundamentándose en irregularidades procesales que podían haber sido corregidas en la propia vía judicial, sin necesidad de acudir al trámite subsidiario del amparo.

Pese a ello, el nuevo procedimiento constituye un instrumento procesal que puede servir para alcanzar las finalidades propuestas siempre que, ante todo, se tengan en cuenta las especiales notas características de excepcionalidad, subsidiariedad y complementariedad, que otorgan una naturaleza peculiar al mismo, y que los órganos jurisdiccionales, después de haber resuelto sobre su admisión a trámite, realicen una aplicación del mismo que, ante todo, garantice la efectividad del derecho fundamental llamado a amparar, que no es otro que el mismo derecho a la tutela judicial efectiva.