

La nulidad de actuaciones en el proceso penal

FERNANDO ALAMILLO CANILLAS
Del Ministerio Fiscal

SUMARIO: El principio de legalidad del proceso.—II. Apuntes sobre la situación en el proceso civil.—III. Planteamiento de la cuestión en el proceso penal.—IV. Desarrollo de la materia: A) Si en el proceso penal español cabe plantear incidentes: *a)* La posibilidad de una creación procesal extra-legal. *b)* La admisión de los incidentes en la propia LECrim. B) Los incidentes de nulidad en el proceso penal: *a)* La doctrina del Tribunal Supremo: *a')* Una supuesta prohibición legal. *b')* El contenido necesario de la sentencia (arts. 142 y 742 LECrim.). *c')* La necesidad de dictar una sentencia (arts. 740 y 741 LECrim.) *d')* La prohibición de absolución en la instancia (art. 144 LECrim.). *e')* El obstáculo a la casación y a la enmienda de los errores. *b)* Razones a favor de la nulidad de actuaciones: *a')* La necesidad conceptual. *b')* Razones legales positivas. C) Tratamiento procesal de estos incidentes.—V. Cuestiones a resolver.

La humanidad, en su constante evolución, ha ido perfeccionando sus modos sociales, pasando paulatinamente desde el primitivo estado de fuerza al moderno estado de derecho, caracterizado por el establecimiento de amplias garantías jurídicas encaminadas a favorecer y facilitar el desenvolvimiento de la individualidad dentro de la sociedad, en términos de mutuo respeto y cooperación, impidiendo y, en su caso, reprimiendo las indeseables interferencias de los unos en la esfera de los otros, para salvaguardar la pacífica convivencia, que es imprescindible para el adecuado desarrollo y mejora de la vida individual y colectiva.

Entre estas garantías, y en un plano destacadísimo, se encuentran las formas encaminadas a evitar que cada cual se tome la justicia por su mano, sustituyendo, para ello, la actividad del interesado por la de una autoridad especial, es decir, las formas procesales, el proceso.

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL PROCESO

Pero para que el proceso sirva cumplidamente a sus fines de asegurar la realización de la Justicia en los casos concretos, garantizando así la paz social, es preciso que, a su vez, se acomode a determinadas normas fundamentales; que constituya una acti-

vidad netamente legal, con exclusión de todo vicio que pudiera dar lugar a la simple sospecha de que la ley no se aplica correctamente. Porque, como dice el adagio, no basta con ser bueno, sino que hay que parecerlo también, lo que, a nuestros efectos, podríamos traducir diciendo que no basta con que las conclusiones establecidas en el acto cumbre del enjuiciamiento (la sentencia) sean correctamente legales, sino que es preciso, además, que también sea correctamente legal el camino seguido para llegar a él.

Este principio de la legalidad procesal se reconoce hoy por todos y, sobre todo, en materia procesal penal tiene una extraordinaria importancia, ya que no puede desconocerse que es él, precisamente, el origen (en la Charta Magna de Juan Sin Tierra) del otro principio legalista, el de la legalidad penal; incluso hoy, en el principio de legalidad procesal se basa la propia legalidad penal en ciertos países que van desarrollando su derecho penal hacia el principio «nullum crime sine lege» precisamente a través de la legalidad de las formas procesales, concretamente, los países anglosajones, como explica Burckhardt en su interesante trabajo sobre la materia. publicado en la *Revue Penale Suisse* (año 1955, págs. 113 y siguientes)

El principio implica, como decíamos, la sujeción de la actividad enjuiciadora a unas normas, a unas reglas, a una formas específicamente establecidas por el ordenamiento jurídico. Es lo que dice nuestra LECrim. cuando en su artículo 1.º dispone que «no se impondrá pena alguna... sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente».

Su traducción práctica tiene, necesariamente, dos aspectos: El primero, que carezcan de eficacia los actos realizados contra esas normas. El segundo, que los actos contrarios a las normas puedan destruirse, incluso en su mera apariencia, reemprendiéndose el buen camino. En ello se basa, precisamente, la doctrina de la nulidad de actuaciones.

II. LIGERO APUNTE SOBRE LA SITUACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

La cuestión de la nulidad de las actuaciones procesales está hoy perfectamente resuelta en el campo del proceso civil. Y no precisamente por las normas escritas, ya que bien parca es en la materia nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tan parco es nuestro primer cuerpo legal procesal hablando de las cuestiones de nulidad que, si prescindimos de la regulación del recurso de casación por quebrantamiento de forma (procedimiento específicamente encaminado a obtener la nulidad de actuaciones), difícilmente hallaremos en toda la LECiv., como señala Gimeno Gamarra, otro precepto que se refiere a la cuestión fuera del 745 LECiv. Y aun éste, bien considerado, vemos que:

no establece de modo directo la admisibilidad de los incidentes ; lo único que hace es determinar el trámite que debe darse a los mismos.

De ello se deduce que la posibilidad de esta clase de incidencias procesales no está expresa, sino meramente implícita en la LECiv. Pero no podía menos de admitirse la posibilidad de anulación de las actuaciones viciosas, porque viene exigida por los principios generales del derecho. No obstante la autorizada opinión de Guasp, creemos que no hay otro remedio que extender al campo procesal el contenido del artículo 4.º del Código civil, no porque este precepto sea sistemáticamente de aplicación general, sino porque es concreción de un verdadero y genuino principio de derecho con validez para todas las ramas jurídicas.

Y sobre esta base la doctrina y la jurisprudencia han elaborado con gran amplitud y perfección la doctrina de la nulidad de actuaciones en el proceso civil. No hemos de entrar a examinarla, porque no es éste el objeto propio y directo de nuestro trabajo. Bástenos con remitirnos a los numerosos estudios existentes y especialmente a los de Márquez y Gimeno Gamarra, publicados en la «Revista de Derecho Procesal».

III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL PROCESO PENAL

Más desafortunado el proceso penal, quizá menos interesante a los ojos de los doctrinarios, no encontramos estudios serios sobre el tema. Simples referencias, incluso estudio de los vicios de los actos procesales aislados, los hay en nuestros comentaristas. Pero no un estudio sobre el problema total de la nulidad, del incidente o incidencia (como se quiera decir), de nulidad de actuaciones con el sentido y amplitud que tiene el proceso civil.

Confieso que el problema se me vino a las manos de una manera casual al repasar la jurisprudencia. Porque, allá por los años 1953 y 1954, la Sala 2.ª de nuestro Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias (que no he visto después comentadas) trazadas, si así puede decirse, sobre un mismo patrón, resolviendo recursos procedentes de la Audiencia de Zaragoza en causas que tenían características idénticas.

Su lectura me produjo perplejidad, porque las conclusiones que establecía el Tribunal Supremo contradecían rotundamente las ideas que me había formado a lo largo de mi diaria práctica ante los Tribunales de lo penal, que respondían a un estado de opinión de varios profesionales del Derecho que siempre me habían merecido el mayor respeto y que incluso habían sido aceptadas por los Tribunales de instancia ante los que había ejercido.

En tal situación deseé examinar más detenidamente la cuestión. Mis ocupaciones preferentes y mi escasa preparación no me han permitido avanzar más ni con mayor rapidez en la tarea. Bus-

qué bibliografía, en vano. La única que he llegado a conocer (gracias a la bondad del profesor Viada) es italiana. No la utilizo aquí, porque se refiere a la legislación italiana y contempla, por consiguiente, una situación positiva muy diferente de la nuestra. Por eso cito pocos autores. En los que he examinado no he visto claramente la solución. Y tampoco yo voy a darla. Mi intención no es otra (vaya por delante y sírvame de descargo) que la de solicitar la atención de los maestros procesalistas para que nos instruyan con la claridad de sus opiniones sobre tan interesante tema.

Creo que el problema debe plantearse en dos fases:

1.^a Si el proceso penal español cabe el planteamiento de «incidentes en general.

2.^a Si, supuesta la contestación afirmativa a la anterior cuestión, cabe, entre los incidentes admisibles, el llamado de nulidad de actuaciones.

IV. DESARROLLO DE LA MATERIA

A) *Si en el proceso penal español cabe plantear incidentes.*

La solución afirmativa a esta cuestión previa la derivamos de dos argumentos que pasamos a exponer.

a) La posibilidad de una creación procesal extralegal

El principio de legalidad procesal, unido a la consideración de que el proceso es un conjunto de actos no espontáneos, sino reflexivos, no de la vida social, con su infinidad de matices, facetas y posibilidades, sino de las más limitadas relaciones estrictamente oficiales y regladas, parece ser contrario a la posibilidad de admitir en el proceso la realización de actos que no estén previamente establecidos y regulados por la ley del proceso.

Sin embargo, esta apreciación no puede tomarse al pie de la letra. Ciertamente, no debe ser posible la creación de nuevas formas procesales en su integridad; no se podrá, por ejemplo, crear por los Tribunales un proceso declarativo intermedio entre el de mayor y menor cuantía, o un proceso especial para cierta clase de asuntos. Pero es indudable que podrá el Tribunal realizar, dentro de un proceso establecido legalmente, actos que, no estando expresados en la ley, vengan impuestos por una necesidad práctica y respondan a las características y exigencias del tipo de proceso en que se producen; esto no es más que rellenar una laguna legal y no creemos que pueda negarse por nadie.

Claro ejemplo de ello lo tenemos, dado por nuestro Alto Tribunal, en materia de arrendamientos rústicos. La Ley de 28 de junio de 1940 estableció un tipo especial de proceso y, dentro de él, un recurso nuevo, el de revisión, ante la Sala (hoy) 6.^a del Tribunal Supremo. Pero la Ley se limitó a establecer los supues-

tos en que procedía el recurso y el plazo de su interposición. Y el Tribunal Supremo, acuciado por la necesidad, ha tenido que «crear» el trámite del recurso, aplicando por analogía las normas que regulan el recurso de casación en materia civil, atemperándolas a las especiales características de sencillez y agilidad del proceso arrendaticio.

Viene esto a cuento de nuestro asunto porque no regulándose en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de maneral perfecta (y casi ni imperfecta tampoco) los incidentes, podría surgir la duda de si serían admisibles e incluso pretendiese que no se podrían plantear más que los muy limitados que se regulan específicamente. Sin embargo, creo que no debe prevalecer la solución negativa; que la omisión legal no es más que una laguna (una de las muchas lagunas, diría) de que adolece nuestra Ley procesal penal, que puede y debe rellenar la práctica judicial, auxiliada por la doctrina, apoyándose para ello en los principios del ordenamiento procesal y muy especialmente teniendo en cuenta lo que tantas veces ha dicho el Tribunal Supremo. Que en los casos de lagunas de la Ley de Enjuiciamiento criminal deben considerarse supletorias las disposiciones que para supuestos análogos contenga la Ley de Enjuiciamiento civil (sentencias de 25 de mayo de 1909, 7 de julio de 1919, 12 de julio de 1926 y 26 de octubre de 1927, entre muchísimas otras, como cita Gómez Orbaneja).

Y es evidente que, igual que en el proceso civil, en el penal pueden plantearse cuestiones que tengan íntima conexión con el asunto del proceso o con su tramitación, que exigirán una resolución «sobre la marcha», sin posibilidad de «reenvío» a otro proceso. De aquí que se haga necesario admitir la existencia de «incidentes» en el proceso penal.

b) La admisión de los incidentes en la propia Ley de Enjuiciamiento criminal.

Nuestro segundo argumento, complementario del anterior, es la admisión de los incidentes por la propia Ley de Enjuiciamiento criminal. No nos referimos a ciertos supuestos incidentales expresa y concretamente establecidos por la Ley (recusación, competencias, cuestiones previas, etc.). Queremos hacer referencia a supuestos más amplios y generales, como son los que derivan, fundamentalmente, de los artículos 62, 141, 239 y 746, párrafo 1.º de la Ley.

El artículo 62 LECrim. dispone que la recusación no interrumpe el curso de la causa, exceptuando el caso de que «el incidente de recusación no se hubiese decidido cuando sean citadas las partes para la vista de alguna cuestión o incidente o para la celebración del juicio oral».

El artículo 141 de la misma nos señala cómo las resoluciones judiciales interlocutorias en el proceso penal habrán de asumir la

forma de autos «cuando decidan *incidentes* o puntos esenciales que afecten a...».

El tercero de los preceptos dichos, el artículo 239 LECrim., dispone que «en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a *cualquiera de sus incidentes*, deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales».

El último de los artículos citados, el 746, número 1.º de la LECrim., manda que se suspenda el juicio «cuando el Tribunal tuviere que resolver durante los debates *alguna cuestión incidental* que, por cualquier causa fundada, no pueda resolverse en el acto».

En todos estos preceptos el término incidente se emplea no en el sentido de forma procesal específica que tiene en la Ley de Enjuiciamiento civil, sino en el genérico de cuestión incidental o surgida durante la litis y en íntimo contacto con ella. Y nótese que si el artículo 141 parece limitar los posibles incidentes a los que después en él se relacionan, el 62, el 239 y el 746 no contienen limitación alguna. Más aún, la referencia del 746 estimamos que es decisiva, porque para este momento procesal de las sesiones orales no hay previsión legislativa de ninguna clase de incidencia o que específicamente pudiera referirse el término.

No nos cabe, pues, duda de que en la Ley procesal penal está implícita, lo mismo que en la civil, la idea de posibilidad de incidentes no previstos, de cuestiones relativas al proceso en marcha que han de resolverse en el proceso mismo.

Ahora bien, si la Ley, admitiendo tal posibilidad, silencia sus consecuencias procesales, quiere decirse que habrá que construir-las extralegalmente. Habrá que crear la forma en que deberán ser tratadas procesalmente esas cuestiones que puedan surgir. Y para este caso habrá de acudir, como veremos luego, a los tipos específicos de incidentes reconocidos por la Ley y, complementariamente, y salvando las diferencias necesarias, a las normas e ideas que nos brindan las más perfeccionadas doctrinas del proceso civil.

B) *Los incidentes de nulidad en el proceso penal español.*

a) La doctrina del Tribunal Supremo.

Presupuesta ya, con lo que llevamos dicho, la posibilidad y legitimidad de la admisión de los incidentes, en general, dentro de nuestro proceso penal, tócanos ahora examinar la segunda faceta del problema propuesto, consistente en saber si entre tales incidentes puede admitirse también el de nulidad de actuaciones.

Como anticipábamos, el núcleo de esta parte del trabajo estará constituido por el examen de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo en varias sentencias que, por su interés, bien merecen una exposición, al menos sucinta, de sus antecedentes.

En un Juzgado de Zaragoza (o quizá en los varios existen-

tes) se recibieron oficios de la Fiscalía de Tasas, constitutivos del llamado «tanto de culpa» para perseguir delitos de abastecimientos; pero a los mismos, al parecer, no acompañaban todas las certificaciones literales prevenidas en la ley. Sin parar mientes en ello, el Juzgado acordó la incoación de los oportunos sumarios, dentro de los cuales acordó los procesamientos que estimara pertinentes. Ya en la Audiencia la causa (las distintas causas, puesto que fueron varias, aunque sobre supuestos idénticos) se abrió el juicio oral y se formularon por el fiscal conclusiones acusatorias. En las conclusiones definitivas de la defensa se engrimió, como excepción, el defecto y forma del tanto de culpa y se solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de incoación del sumario. Así en los cinco procesos. Y la Sala de instancia, en los cinco, admitió la excepción propuesta y acordó la nulidad de lo actuado en la causa.

Recurridas las cinco sentencias de la Audiencia de Zaragoza por el Ministerio Fiscal, basándose en el artículo 851, número 3.º de la LECrim., el Tribunal Supremo dicta las siguientes sentencias: De 10 de abril de 1953, de 30 de abril del mismo año, de 7 de mayo del mismo, en cuya fecha dicta dos sentencias, y de 18 de marzo de 1954. Son, pues, cinco sentencias que, por su número y plena conformidad, son más que suficientes, según los criterios normales, para estimar que ha quedado establecida una firme doctrina jurisprudencial.

En todas ellas, con diversos argumentos, se estima que no puede admitirse para nuestro procedimiento criminal la doctrina de la nulidad de actuaciones. Pasemos a examinar con algún detalle las razones en que se funda tal negativa.

a') Una supuesta prohibición legal.

Sostiene el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de marzo de 1954, que la cuestión o incidente de nulidad de actuaciones no se halla prevista ni regulada por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, una vez dentro del periodo de las sesiones del juicio oral. La afirmación es totalmente exacta, ya que ningún precepto específico legal se refiere al caso.

Sin embargo, de no interponerse la alta autoridad jurisprudencial, la falta de previsión legislativa creemos que no sería obstáculo para estimar legítima la nulidad de actuaciones en el proceso penal como lo es en el civil.

En este mismo orden argumental, pero con mayor amplitud, ya que la señalada solamente se refiere al momento concreto de las sesiones, se sienta el mismo principio en la sentencia de 10 de abril de 1953, en la que se dice que «aún no tienen cabida» en nuestra ordenación procesal penal «las cuestiones, incidentes o excepciones de nulidad», que se califican de *extra legem*.

A esta misma conclusión, de no estar autorizados por la Ley los incidentes de nulidad en el proceso penal, había llegado tam-

bién la Fiscalía del Tribunal Supremo en su Instrucción de 12 de mayo de 1905 (pág. 43 de la Memoria de ese año), posible-
antecedente de las sentencias que venimos comentando. Se decía
en ella que pasado para instrucción a la Fiscalía un sumario se-
guido por falso testimonio sin previa orden de proceder dictada
por el Tribunal que había conocido del asunto donde se suponía
cometido el delito, no cabe solicitar la nulidad de actuaciones, y
ya que el Fiscal no pidió la reforma del auto de incoación del
mismo, en el estado que alcanzaba ya el proceso, debió pedir el
sobreseimiento libre, con arreglo al número 2.º del artículo 637
de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De acuerdo con esta doctrina, y en vista de los efectos que tal
clase de sobreseimiento produce, lo que en principio no era más
que una condición de procedibilidad o presupuesto procesal, se
transforma en una condición objetiva de punibilidad.

Sin embargo, a nuestro entender, la Ley de Enjuiciamiento
Criminal no desconoce los incidentes de nulidad, sino que, como
antes se dice, no los regula con la amplitud que nosotros quisié-
ramos y la materia merece. Sin perjuicio de examinarlos luego más
detenidamente, citaremos ahora los artículos 180 y 677, ambos de
la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 666 de la Ley
orgánica del Poder Judicial, así como toda la regulación del re-
curso de casación por quebrantamiento de forma, que se basa pre-
cisamente en la nulidad de actuaciones.

Si las sentencias indicadas se limitan a «desconocer» la nuli-
dad, una de las de 7 de mayo de 1953 avanza más al sentar que «de-
jos de estar permitidas (las cuestiones de nulidad) las prohíbe ro-
tundamente la ley rectora del procedimiento penal», afirmación que
no debe ser compartida por los procesalistas que hemos podido
consultar, pues ninguno cita, que sepamos, una disposición gene-
ral, ni particular, prohibitiva, que tampoco encontramos reflejada
en la sentencia.

Así, Fenech, al tratar de los actos procesales defectuosos y sus
consecuencias, se limita a señalar «la carencia de regulación posi-
tiva... que hace estas cuestiones más difíciles e interesantes». Algo
semejante dice Aguilera de Paz y remacha Jiménez Asenjo, lo que
permite concluir que para nuestros tratadistas la falta de previ-
sión legislativa no implica la exclusión del instituto, conclusión que
podría ser prácticamente aplicable si no mediase actualmente la
doctrina contraria de nuestro más alto Tribunal.

b') El contenido necesario de la sentencia (arts. 142 y 742
de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En la sentencia de 18 de marzo de 1954 y en las dos de 7 de
mayo de 1953 se invoca, como argumento contrario a la admisión
de la nulidad de actuaciones en el proceso penal, el contenido de
los artículos 142 y 742 de la Ley procesal penal, que consagran el
principio (básico en nuestro ordenamiento procesal, dice una de:

las sentencias de 7 de mayo) de que en la sentencia habrán de resolverse todas las cuestiones que hayan sido objeto del proceso, señalándose muy especialmente la necesidad de pronunciarse sobre la absolución o la condena.

De esta evidente doctrina no creemos, sin embargo, que pueda deducirse correctamente la prescripción legal de la nulidad de actuaciones y sí sólo que tal nulidad no podrá decretarse en la sentencia, si se quiere que tenga efectos correctores del vicio procesal, porque en la sentencia tendría tal apreciación la consecuencia inmediata de la absolución del procesado.

Pero si no puede ser en la sentencia, ¿no cabría declarar la nulidad por medio de un simple auto, que es como en el procedimiento penal se resuelven todas las cuestiones incidentales a tenor del artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal?

c') La necesidad de dictar una sentencia (arts. 740 y 741 de la Ley).

También contra la nulidad de actuaciones se argumenta en la sentencia de 30 de abril de 1953 sobre la base del principio según el cual «una vez expedito el camino del juicio, por no haberse propuesto o no haber prosperado las cuestiones previas (se refiere indudablemente a las del arts. 666 LECrim.) no tienen los Tribunales facultades para poner fin al proceso más que mediante una sentencia».

Parece fundarse esta afirmación, aunque no se citen expresamente por la sentencia, en los artículos 740 y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el primero de ellos se establece que después de haber hecho uso de la palabra los defensores de las partes, y, en su caso, los procesados, el presidente declarará «concluido el juicio para sentencia». El 741 dispone, a su vez, que «el Tribunal, apreciando según su conciencia... dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

Pero de estos artículos tan concretos, si es que en ello se basa la doctrina, no pueden, a nuestro juicio, extraerse unas conclusiones tan amplias y generales.

Bien se puede sostener que desde el momento en que se declara el juicio concluido para sentencia no se puede dictar otra resolución que no sea la sentencia misma. Pero antes de ese momento específico no creemos que haya una necesidad legal, formal y expresa, de dictar una sentencia. Es el propio Tribunal Supremo el que, en su sentencia de 18 de mayo de 1927, citada y asentida por Fenech, declaró que en el caso de una enfermedad mental del procesado, sobrevenida después de abierto el juicio oral y calificado, pero antes de las sesiones, lo procedente es mandar archivar el proceso sin dictar sentencia. Señalemos otros casos. Por ejemplo, el de la muerte del reo o el de la rebeldía combinada con la prescripción del delito en la misma situación procesal que la contemplada por el Tribunal Supremo.

para la sentencia citada. En estos casos, por consagrada práctica de los Tribunales, no se dicta sentencia, sino auto, declarando extinguida la responsabilidad criminal posible, sin prejuzgarla. Igual ocurre con el perdón de la parte ofendida por el delito privado. En otra ocasión (perdón por lo inmodesto de la referencia) argumenté más ampliamente sobre algunas de estas situaciones al tratar de las crisis del proceso penal.

Pero, extremando las posibilidades, pensemos en un supuesto construido ad hoc, quizá poco probable pero, indudablemente, posible. Veamos a un reo que muere repentinamente al salir de la Sala de Visitas unas vez declarado el juicio concluso para sentencia, de cuyo suceso se da inmediata cuenta al Tribunal aún constituido. Entendemos que entonces el proceso queda truncado, faltar de su objeto decisorio, por falta de uno de sus elementos personales necesarios. Ya no hay, para nosotros, posibilidad de condenar ni absolver. No cabe más que dictar auto de extinción de la acción, sin prejuzgar la responsabilidad, mandándose archivar los autos.

Y si cabe esto, ¿por qué no ha de haber también el auto que declare la nulidad de actuaciones, cuando proceda, con el fin de enderezar el proceso por el camino correcto?

d') La prohibición de absolución en la instancia (art. 144 LECrim).

En una de las sentencias de 7 de mayo de 1953 se utiliza contra la nulidad de actuaciones otro argumento, como es el de estar prohibida en los ordenamientos modernos, y concretamente en el nuestro, la absolución en la instancia.

Según este principio, plasmado en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la absolución se entenderá siempre libre, declaración que ha venido a dar feliz cumplimiento a una insoslayable exigencia de seguridad para los justiciables, que en otro tiempo podían verse siempre amenazados por la posibilidad de reproducirse la acusación.

Admitido esto, no creemos que sea un argumento válido en contra de la posibilidad legal de la declaración de nulidad de actuaciones en el proceso penal, porque la nulidad de actuaciones no tiene por fin dejar —como lo hace la absolución en la instancia— terminado el proceso sin adoptar una resolución definitiva sobre su objeto, sino, sencillamente, volver sobre el camino defectuoso que se ha recorrido, para emprender nuevamente la marcha por el camino correcto, llegando así al fin normal del proceso, con pronunciamiento de condena o absolución.

Y es que, aparte de no ser incompatibles ambas cosas, y de no haber contradicción entre ellas, nos parece que incluso son complementarias, evitándose con su adecuada conjugación, soluciones extravagantes que en alguna ocasión ha sido preciso adoptar para mantener los principios de justicia aunque ello llevase con-

sigo la quiebra de otros principios de inferior categoría, como lo es el de la prohibición de absolución en la instancia. Una de tales situaciones es la que se produjo en Salamanca, bajo la vigencia del Código de 1932, que hubo de llegar al Tribunal Supremo. Veamos lo que allí pasó.

Se incoó, por aquellos años de 1942 ó 1943, una causa por querrela del padre de la presunta estuprada que entonces era menor de edad. Se siguió por todos sus trámites el sumario, en el que se dictó auto de procesamiento y, en su día, abierto el juicio oral, se formularon las calificaciones provisionales, tanto de la acusación como de la defensa. En esto, pendiente el juicio oral, se produjo una situación nueva. La Ley de 13 de diciembre de 1943 rebaja el límite de la mayoría de edad, fijándolo en los veintiún años hoy vigente. Y la ofendida, que ya los tenía, quedó emancipada «*ipso iure*» el día 1.º de enero de 1944, cesando, por consiguiente, de manera automática, la representación legal que hasta entonces había ostentado el padre.

Sin embargo, nadie parece apercibirse de ello y no se realiza el necesario cambio de parte. Se señala el juicio para marzo de 1944 y en él, al formular las conclusiones definitivas, la defensa invoca la falta de personalidad del acusador. La sentencia de Audiencia, de 14 de marzo de 1944, admite la cuestión y, aun estimando, que los hechos son constitutivos de un delito de estupro, abuelve al procesado por la falta de personalidad del actor.

Firme esta sentencia y ejecutoriada, la ofendida presenta nueva querrela, ya en su propio nombre, que es admitida por el Juzgado, siguiéndose nuevo sumario que llega al trámite de calificación, en el que se alega la cuestión previa de cosa juzgada, amparada en el artículo 144 de la misma y aduciendo en prueba la anterior sentencia absolutoria.

La Audiencia admite el artículo, de acuerdo con ambos preceptos y sobresee libremente en la causa, mediante auto que es recurrido en casación.

El recurso es resuelto por la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1946, que casa y anula el auto de sobreseimiento en virtud del siguiente fundamental *Considerando*: Que el estudio de la sentencia de 16 de marzo de 1944, en la que se pretende basar la excepción de cosa juzgada... demuestra que *en ella no se juzgó de manera definitiva* sobre la índole de los hechos que la motivaron y menos la participación en los mismos del procesado, pues *la absolución que en ella se hace* del mismo, del delito de estupro de que se le acusaba, como única forma que podía emplearse dado el estado procesal de la causa, *fué debida a la falta de personalidad en que había quedado la representación legal de la agraviada... por lo cual* es evidente que en dicha sentencia el concepto o calificación del hecho enjuiciado, o lo que es lo mismo, *la razón o causa de pedir, quedó sin ser directamente*

resuelta... y, por tanto, «no puede esa resolución reconocerse como base suficiente para en ella poder fundamentar la excepción de cosa juzgada en el nuevo proceso incoado por querrela de la agraviada», teniendo ésta viva su acción personal para ejercitarla y, además, no sería lógico que, contra la doctrina de esta Sala, inspirada en la justa protección de la mujer, quedanse sin castigo hechos que la Audiencia de Salamanca, en su citada sentencia, calificó objetiva y legalmente de constitutivos de un delito de estupro».

He aquí, con este Considerando, rota y destruída la doctrina de la prohibición de la absolución en la instancia. El motivo: Una justicia esencial era en aquel caso irrealizable si había de prevalecer el rigor formal. Y es que, efectivamente, no parece justo que un simple defecto externo, formal, pueda constituir un obstáculo insalvable para esa justicia que siempre debe imponerse.

Pero, puestos a realizar la justicia a ultranza, habría podido ser conveniente acudir a procedimientos que rompiesen menos violentamente con los principios básicos del ordenamiento procesal positivo. En el supuesto que venimos señalando, la situación habría podido salvarse, airosamente, a través de una declaración de nulidad de actuaciones, dejando sin efecto todas las practicadas desde el momento en que la representación del padre cesó y adoptando las medidas necesarias para que la ofendida viniese a ocupar el puesto acusatorio que le correspondía, si era de su conveniencia, después de lo cual, tanto la condena como la absolución por motivos de fondo o de forma (concretamente, por falta de acusación si la estuprada no comparecía) hubiesen surtido sus plenos efectos de cosa juzgada, como quiere el artículo 144 de la Ley procesal y nos ha enseñado en otras muchas ocasiones el Alto Tribunal.

He aquí como, a nuestro juicio, la doctrina de la prohibición de la absolución en la instancia, lejos de repeler la de la nulidad de actuaciones, parece exigirla para ampararse en ella y adquirir su máxima eficacia.

Claro está, y en honor de la verdad sea dicho, que también en los casos de las sentencias de Zaragoza que venimos comentando tuvo su buena parte de razón esa justicia fundamental que tan activamente procura siempre nuestro Tribunal Supremo; porque las sentencias recurridas adolecían de un defecto en la materia, ya que, además de no absolver ni condenar, se limitaban a declarar nulo lo actuado, sin tomar medida alguna de reposición de los autos al momento de la falta, situación también inadmisibles en buena técnica, por lo que habían de ser anuladas, ya que dejaban totalmente en el aire la cuestión, sin resolver en cuanto al fondo y sin dar salida al atolladero de forma.

e') Con la nulidad de actuaciones se impediría el acceso a la casación y a toda enmienda del error.

En la sentencia de 30 de abril de 1953 utiliza la Sala segunda del Tribunal Supremo otro argumento para prohibir las cuestiones de nulidad en el proceso penal: Que, con ellas, se impediría el acceso a la casación cerrando el paso a toda posible enmienda del error en que se haya podido incurrir por los juzgadores de instancia.

Prescindiendo del antecedente del proceso civil, en el que coexisten la casación por quebrantamiento de forma y la nulidad de actuaciones, quizá el mejor argumento que pudiéramos invocar está constituido por las propias sentencias que venimos comentando, que tuvieron lugar no obstante haberse admitido la nulidad por la Sala de instancia, a pesar de lo cual se preparó, formalizó y admitió el recurso, lo que demuestra que la nulidad no produjo «bloqueo» procesal alguno. La vía del recurso de casación, en todo caso, quedaría abierta para cuando se dictase la sentencia o resolución definitiva que lo consiente.

Además, siendo preocupación del Tribunal Supremo, como lo ha sido siempre, evitar los errores del enjuiciamiento y «enmendar los yerros» que cometan los Tribunales inferiores, no debe olvidarse que el incidente de nulidad no tiene por objeto «dar carpeta» a un asunto, sino que se encamina, precisa y específicamente, a poner de relieve la equivocación para corregir el vicio y proseguir el proceso en la forma correcta, mediante la reposición de los autos al estado que tenían al cometerse la falta.

Además, es sabido que las causas que permiten la casación por quebrantamiento de forma son muy limitadas, no abarcando, desde luego, todos los supuestos de actividades procesales viciadas. Concretamente, todo el sumario está excluido de ellas. Y por eso, en cuanto al exceso, de no admitirse la nulidad de actuaciones, no cabría la enmienda de los errores.

Por consiguiente, y en todo caso, a lo más que podría llegarse desde este punto de vista sería a afirmar que no procedería admitir la nulidad de actuaciones como incidente especial en los casos en que de no existir el vicio pudiese interponerse el recurso de casación. Pero (como se pregunta Beling para una situación muy semejante de laguna que presenta la Ordenanza procesal penal alemana) ¿puede estimarse que la Ley quiera estos rodeos y molestias inútiles? Más bien debe creerse, continúa el mismo autor, que «hay que aceptar que el Tribunal está autorizado a poner en orden de nuevo el proceso», conclusión que hacemos nuestra íntegramente.

b) Razones a favor de la nulidad de actuaciones en el proceso penal.

Vamos ahora a contemplar nuestra argumentación exponiendo un conjunto de razones que, a nuestro juicio, abonan, además de todo lo que llevamos dicho, la licitud del incidente de nulidad de actuaciones en nuestro derecho procesal penal.

a') La necesidad conceptual.

La necesidad (y, consiguientemente, la posibilidad) de admitir el incidente de nulidad, deriva de que, como decíamos antes, para que el proceso sirva realmente a sus fines de garantía, es necesario que, a su vez, esté garantizado contra todo defecto.

Para una situación de laguna legal del ordenamiento alemán, en el que, como en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, tampoco se contienen normas relativas a la nulidad de actuaciones, dice Berling lo que hace un momento indicábamos, y ahora queremos reproducir más ampliamente, tomando de dicho autor los siguientes párrafos: «Podría ocurrir que un Tribunal, antes de dictar la resolución, se dé cuenta de que se ha cometido una infracción que, sin llevar aparejada la nulidad absoluta, ofrecería a las partes un punto de apoyo para impugnar la resolución futura... Podría mantenerse la tesis de que el Tribunal no debería hacer caso de la infracción y debiera, por tanto, dictar la resolución, corriéndolo el peligro de que se impugnara más tarde... y se anulara... Sin embargo, no es probable que la ley prefiera las molestias y rodeos inútiles... Por tanto, hay que aceptar que el tribunal está autorizado a poner en orden nuevamente el proceso.»

Los autores españoles que hemos podido consultar parecen abundar en esta misma idea, aunque en realidad no se planteen directamente el tema de la nulidad de actuaciones en el proceso penal en conjunto, sino, más simplemente, el de la nulidad de ciertos actos concretos, especialmente los de comunicación a que se refiere el artículo 180 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así Aguilera de Paz, planteándose el problema de la nulidad de tales actos, hace referencia a la posibilidad de admitir para la nulidad en la materia penal lo dicho por Manresa para el proceso civil «por ser las mismas circunstancias y las razones jurídicas que deben tenerse en cuenta».

Fenech, por su parte, afirma que «la posibilidad de que se realice un acto sin que se observen y tengan en cuenta todos los presupuestos de su formación procesal, o cuyo fin o contenido se aparte del establecido en la Ley para cada acto en particular, da lugar a que el acto sea vicioso. El estudio de las consecuencias que pueden derivarse para la eficacia procesal de estos actos, plantea problemas que, precisamente por la carencia de regulación positiva, ofrece mayor dificultad e interés... Los efectos del acto procesalmente correcto *no dependen de la eficacia del proceso* en que se llevan a cabo, ya que *en un proceso ineficaz*, bien por ser defectuoso o, incluso, por ser ilícito, pueden darse actos que produzcan los efectos a que tienden...» También Jiménez Asenjo alude a la nulidad de actuaciones en el mismo sentido.

Se tiene, leyendo a nuestros autores, una clara sensación de su común sentir, aún no expresado claramente. Y no podía ser menos, porque ese sentir responde a una necesidad conceptual

que expresa el propio Tribunal Supremo en una de las sentencias que venimos comentando, la de 10 de abril de 1953, en la que, después de afirmar que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no reconoce la excepción de nulidad de actuaciones, dice literalmente: «aunque tanto en el aspecto teórico como en el práctico, sólo puede llegar a conclusiones válidas el proceso válidamente tramitado».

La expresión del principio es bien clara y su propia esencia está clamando por la admisión de la incidencia de nulidad de actuaciones.

A continuación vamos a tratar de ver la doctrina de la nulidad confirmada y admitida por nuestra propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b') Razones legales a favor de la posibilidad de anulación.

Es, efectivamente, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal la que, en ciertas de sus disposiciones, da pie para estimar implícita en la misma la doctrina de la nulidad de actuaciones; si a ellas añadimos alguna otra disposición de otras leyes, podremos deducir que en la mente del legislador estaba esa idea y que, si no apareció implícitamente formulada, sería por efecto de imperfecciones expresivas o por estimarlo innecesario, pero no porque el legislador reprobese, ni mucho menos, tal posibilidad. Las disposiciones legales a que nos referimos son las siguientes:

1.º El artículo 666 de la Ley Orgánica.

Según el artículo 666 de la Ley orgánica provisional del Poder judicial, «serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la influencia de intimidación o fuerza. Los Jueces, Tribunales y Salas que hubieran cedido a la intimidación o a la fuerza, tan luego como se vean libres de ellas, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables».

Esta disposición de nuestra Ley orgánica que, a nuestro juicio, no está derogada y que es plenamente aplicable al proceso penal, constituye un ejemplo evidente de lo que venimos diciendo: La admisión implícita por el legislador de las incidencias de nulidad, que en algunos supuestos se traduce explícitamente. En este artículo no sólo se habla de la posibilidad, sino que se establece la necesidad de declararla, de oficio y desde luego.

2.º El art. 61 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «durante la sustanciación de la pieza que «durante la sustanciación de la pieza separada (de recusación) no podrá intervenir el recusado ni en la causa ni en el incidente, y será sustituido...».

Comentando este artículo, tanto Aguilera de Paz como Gómez Orbaneja establecen la firme conclusión de que «los actos de procedimiento que realice el recusado (salvo los limitados supuestos en que excepcionalmente se le permite actuar) son nu-

los»; añadiendo Gómez Orbaneja, con citas de jurisprudencia, que, incluso pueden constituir delito.

Ciertamente, ha de ser así; pero si no admitimos la posibilidad de plantear un incidente de nulidad de lo actuado por el Juez recusado, el vicio podrá no tener corrección normalmente, ya que este supuesto no está incluido en el caso del núm. 6.º del artículo 851 de la Ley, que se refiere exclusivamente al momento de dictar sentencia definitiva.

He aquí, pues, otro caso de nulidad implícito en la ley, que exige la existencia del oportuno incidente y que puede verse complementado con otros artículos de la propia Ley referidos a la recusación de otros elementos del órgano jurisdiccional.

3.º El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta es la disposición que ha dado pie, más directamente, en los comentarios de nuestros procesalistas sobre la nulidad. Según tal precepto «serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos (¿por qué no los requerimientos?) que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo».

Se establece, pues, la nulidad de acto. Y, sin embargo, no se establece un procedimiento adecuado para hacerla valer, para obtener la declaración de ineficacia. Con un literalismo legalista que nos asombra, ante tal laguna legal llegó algún autor (citado por Aguilera de Paz) a sostener que no cabía planteamiento por las partes, criterio que es totalmente rechazado por el propio Aguilera. Y es que, efectivamente, si la Ley quiere que haya una ineficacia, lo lógico es pensar que también quiere que esa ineficacia pueda reclamarse y concederse. Y si no hay un trámite expreso en la Ley, preciso será inventarlo, como decíamos antes.

Pero al mismo tiempo que se dice la nulidad de estos actos, quiere y tiene que decirse también, como consecuencia natural, que habrá de carecer de valor, además, todo lo que se actúe en virtud y sobre la base del acto de comunicación que la ley considera nulo.

Piénsese, por ejemplo, en una citación defectuosa y, por consiguiente, nula. El supuesto citado no comparece, porque al no haberlo sido en forma no tiene obligación de hacerlo; pero el Juez le impone una multa por su incomparecencia. ¿Qué valor puede tener esta imposición? Evidentemente, ninguno. También deberá declararse nula y sin efecto. Otro ejemplo: el procesado es emplazado defectuosamente para ante el Tribunal al declararse concluso el sumario; no compareciendo, sin percatarse el Tribunal del vicio, se le nombran Abogado y Procurador de oficio. ¿No ha de poder el interesado pedir que se declare ineficaz el emplazamiento y la designación de tales representantes y todos los actos realizados por ellos? Pensemos que se hayan podido conformar con la acusación, sin proponer prueba alguna, privando al acusado de una defensa que podría ser eficaz. Estimo que la anulación se impone en este caso por razones de estricta justicia. De

otro modo, ¿qué finalidad podría tener esa declaración legal de nulidad del acto inicial vicioso?

He aquí cómo del artículo 180 de la Ley se desprende la posibilidad de anular no a un simple acto aislado, sino también un conjunto, una secuencia de actos procesales correlativos y concatenados entre sí.

4.º Los artículos 677 y 678 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. El Concordato con la Santa Sede.

En estos preceptos de la Ley procesal aparece otra vez, nitidamente, de manera expresa, admitida la nulidad de actuaciones para el proceso penal con base en la ausencia de un presupuesto procesal. Pero volvamos el argumento e imaginemos que el defecto se advierte antes del trámite de calificación. Por ejemplo, porque iniciado un sumario y dictado el auto de procesamiento sin tener conocimiento el Instructor de la condición personal del procesado, la conoce después. ¿No sería lógico que realizase él mismo el proceso de subsanación del defecto y, en su caso, anulase lo actuado? O que, sin alegación de parte, se sepa por el Tribunal como hecho notorio que puede ser, dicha condición personal que obliga a pedir la autorización. ¿No será conveniente que realice de inmediato los mismos actos cualquiera que sea el momento procesal en que lo advierta? Lo contrario llevaría a un consumo de energía, tiempo y dinero, en contradicción con la economía procesal.

Cuestión semejante a la que contienen estos artículos de la Ley de Enjuiciamiento es la que plantea el Concordato vigente con la Santa Sede, cuando el sujeto pasivo del proceso penal haya de ser un clérigo, con la diferencia de que si el artículo 666 de la Ley procesal penal habla de la autorización administrativa para procesar, el Concordato se refiere a la autorización eclesiástica para proceder (art. XVI, 4). Y si sin la licencia o contra la oposición expresa de la autoridad eclesiástica se procede, ¿no estará indicada la anulación?

5.º El recurso de casación por quebrantamiento de forma.

Finalmente, el reconocimiento pleno de la posible nulidad de actuaciones en nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal nos lo demuestra la admisión dentro de ella del recurso de casación por quebrantamiento de forma, incidencia o trámite encaminado exclusivamente a comprobar la pureza del procedimiento empleado para llegar a la sentencia como complemento de la garantía de la pureza del contenido de la sentencia misma.

En la casación por quebrantamiento de forma, precisamente lo único que interesa y cuenta es el vicio procesal y su fin no es otro que anular el acto defectuoso y los subsiguientes al mismo, devolviendo el proceso al estado que tenía cuando se sometió la falta para que siga nuevamente con arreglo a la ley. Su propia existencia es la mejor demostración de que nuestro legislador considera-

ba posible la anulación de los actos viciosos dentro del proceso penal.

Pero si examinamos los conceptos por los que procede la casación veremos que son muy limitados. ¿Quiere ello decir que no puedan corregirse los demás vicios del procedimiento? Indudablemente, no. Lo único que quiere decir tal cosa es que sólo esos, que se consideran fundamentales, pueden dar lugar al recurso extraordinario, quedando los demás sujetos exclusivamente a un procedimiento ordinario dentro de la instancia a que corresponden. Sea el caso de un sumario que se concluye sin dictar auto de procesamiento; sin percatarse de ello se abre el juicio contra una persona, se le acusa, se le nombran representantes procesales y hasta se le condena. La falta de procesamiento no es de los vicios que dan lugar a la casación. Pero como el procedimiento es necesario para poder seguir el juicio, constituyendo un verdadero presupuesto procesal, todo lo actuado es vicioso; es, o debe de ser, nulo. Pero ¿cómo declararlo? Con un incidente de nulidad que ponga las actuaciones al trámite de instrucción se resolvería el problema, pues entonces podría acordarse el sobreseimiento procedente, o si del sumario aparecían los indicios que hacían pertinente la acusación, podría pedirse la revocación del autor de conclusión para que se dictase el procesamiento.

6.º Una instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Aunque naturalmente conocemos que el Fiscal del Tribunal Supremo no tiene potestad para dictar normas jurídicas ni siquiera interpretación de ellas con carácter vinculante para quienes no sean sus subordinados, no nos resistimos a traer aquí, como argumento favorable a la tesis que venimos sosteniendo, una solución de la Fiscalía, citada por todos los autores, y que merece todo el respeto y valor que le presta el prestigio de la persona que la dicta y del órgano que dirige. Su autor fué don Trinitario Ruiz y Capdepón, Fiscal del Tribunal Supremo, precisamente en el momento en que se instaura la nueva Ley de Enjuiciamiento criminal quien, por hallarse en íntimo contacto con los organismos legislativos conoce perfectamente la voluntad del legislador y está en inmejorables condiciones para dar una interpretación casi auténtica del texto legal. Pues bien, este Fiscal, en aquel primer año de vigencia de la Ley, hubo de dar una larga serie de acertadas Instrucciones sobre su aplicación; en su Instrucción núm. 32, recogida en la Memoria de 1883, página 71, afirma que «incoado de oficio un procedimiento por delito que sólo puede ser perseguido a instancia de parte «no cabe dictar el sobreseimiento con arreglo al núm. 2.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que lo procedente es *Declarar mal incoado el proceso*» ¿Y qué quiere decir esa declaración de estar mal incoado? Pues, sencillamente, que todo es nulo, sin valor legal, y que debe tenerse por no incoado.

Nótense bien dos cosas: la primera, que el Fiscal hablaba entonces como teórico interesado en la prevención de los vicios procesales, aun cuando no habian de afectarle a él, porque en esa clase de procesos perseguibles sólo a instancia de parte no intervenía el Fiscal. La segunda, la contemporaneidad de la opinión con la Ley, que le da un valor extraordinario, sobre todo cuando no es inmediatamente contradicha por los que pudieron hacerlo con autoridad y ciencia.,

C) *El tratamiento procesal de estos incidentes.*

Creemos que con todo lo dicho quedan demostradas la utilidad, la posibilidad y aun la necesidad de dar cabida en nuestro proceso penal a los incidentes de nulidad de actuaciones.

Surge, sin embargo, una vez determinado todo ello, una dificultad de no poca monta para algunos, como es la de que nuestra Ley no ofrece un trámite específico mediante el que hacer valer la pretensión anulatoria.

No es, sin embargo, a nuestro juicio, tan importante como para concluir sin más que todo lo dicho haya de quedarse en el terreno de la pura teoría, apta, si acaso, para ser tenida en cuenta por el legislador de una reforma, pero sin posibilidades por ahora de ser trasplantada al campo vivo de la práctica de nuestros Tribunales de Justicia. Nosotros creemos que puede aplicarse, salvando el obstáculo que representaba la actual doctrina del Tribunal Supremo.

Si no tuvieran cabida en nuestros procesos más trámites o actos que los reglamentados específicamente por la Ley mal andarían otras instituciones perfectamente legales. Por no citar más ejemplos de lagunas rellenas por la práctica, recordemos únicamente las cuestiones prejudiciales admitidas por la Ley de Enjuiciamiento criminal en una declaración poco menos que de principio, pero faltas de regulación en cuanto a su aspecto externo, formal, lo que ha determinado las bien sabidas cuestiones y polémicas incessantes y aun no definitivamente apaciguadas sobre el tiempo, la forma y las circunstancias de su planteamiento y tramitación.

En este respecto queremos recordar unas palabras del Profesor Gordillo escritas con motivo de haberse rechazado un incidente relativo a la capacidad del querellante por la sencilla razón de no estar específicamente regulado por la Ley de Enjuiciamiento criminal (no obstante la expresa mención que de ellos se hace en el artículo 141). En aquella ocasión decía el profesor de Salamanca que «al no señalarse por la Ley una específica tramitación, debe considerarse como aceptable cualquiera que, con un fundamento legal, haya sido utilizada». Por nuestra parte, haciendo nuestras tales palabras, y vista ya la posibilidad de creación analógica de fórmulas procesales, estimamos que el «modus operandi» que podría establecerse para las cuestiones incidentales «irregulares» debería to-

mar como modelo el de un incidente «tipificado por la Ley», como lo es el de las cuestiones previas regulado por el artículo 666 y siguientes de la de Enjuiciamiento criminal.

De acuerdo con esto, podrían las partes plantear su pretensión anulatoria por escrito, del que se daría traslado a las demás partes para contestación y, tras un breve período de prueba (cuando fuera necesaria, ya que, generalmente, el defecto resultaría directamente de los propios autos) resolvería el Tribunal con vista o, mejor aún, sin necesidad de ella, por medio de resolución fundada en forma de auto.

Esto, claro es, cuando fuese una parte quien plantease la cuestión. Porque, tratándose del proceso penal, en el que los poderes procesales de dirección que tiene el Tribunal son mucho más amplios que en el civil, creemos que también podría declararse la nulidad de oficio (¿no se viene haciendo así en determinados casos en el proceso civil mismo?). En este caso, cuando no mediase petición formal de parte, podría el Tribunal o bien oír previamente a las partes (una especie de planteamiento de tesis incidental) o bien resolver de plano quedando a las partes el derecho a ejercitar los recursos procedentes.

En el auto resolutorio, siempre que se diese lugar a la nulidad, se habría de acordar la reposición de los autos al estado que tenían al cometerse la falta.

Cabría, sin embargo, en determinados casos, un estudio intermedio de subsanación de la falta, cuando fuera posible sin retroceder en el procedimiento. Y entonces, sólo cuando no se subsanase el defecto se decretaría definitivamente la nulidad y reposición dichas.

Dos ejemplos nos aclararán estos supuestos: Refirámonos a un delito de adulterio e imaginemos que se ha incoado el sumario sin previa querrela del ofendido. En este caso, lo procedente sería, de plano, la nulidad, la reposición de los autos al momento anterior a la incoación, para que se pudiese dictar sobre la petición (no querrela) formulada el correspondiente auto de no haber lugar a proceder garantizado con los oportunos recursos.

Sigamos pensando en el mismo delito, y en un sumario que se incoa mediante querrela presentada por procurador que no tiene poder bastante y sin llevar la firma del interesado. Como este efecto es subsanable, se podría hacer un requerimiento al procurador para que lo subsanase. Si se presentaba poder, o se firmaba la querrela, quedarían convalidadas las actuaciones pasadas. En otro caso, se anularían, reponiéndose los autos al momento de la incoación para denegar la admisión de la querrela.

Como se ve claramente, este régimen depende en gran manera de la naturaleza del vicio. Porque, como resulta de la doctrina hoy dominante, no es lo mismo la inexistencia que la nulidad o anulabilidad del acto, o su simple irregularidad. En un perfeccionamiento de la tesis que hemos sostenido, habrían de calcularse con mayor

precisión estas circunstancias para determinar en cada caso sus consecuencias.

V. OTRAS CUESTIONES A RESOLVER

Otras cuestiones a estudiar en este punto más detenidamente de lo que nosotros podemos ahora hacerlo, serían, fundamentalmente, las de la legitimación para plantear los incidentes, en relación sobre todo con la circunstancia de haber dado origen al vicio; la extensión de los incidentes en relación con la materia propia de los mismos y teniendo a la vista otros procedimientos de corrección; su carácter de previos o simultáneos al proceso principal; la imposición de costas, etc.

Pero ello quédese para el estudio de técnicos capacitados. Nuestra intención no era otra (ya lo dijimos) que plantear el problema y suscitar el interés de los que pueden y deben darnos sus orientaciones y, con lo que va dicho, aunque sea torpemente, esperamos haber dado cumplimiento a la tarea que nos señalamos. Volvamos ahora al banco, que quizá no debimos abandonar nunca, de los simples oyentes, esperando atentos la voz y las enseñanzas de los maestros.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA DE PAZ: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal.*
ALAMILLO: *La teoría de las crisis del proceso aplicada al proceso penal,* «Rev. de Dr. Proc.», 1951.
BELING: *Derecho procesal penal.*
FENECH: *Derecho procesal penal.*
GIMENO GAMARRA: *El incidente de nulidad de actuaciones,* «Rev. de Dro. Proc.», 1949.
GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal.*
GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal,* 1946.
GORDILLO: *La incapacidad procesal por demencia del querellante,* «Rev. de Dr. Proc.», 1947.
GUASP: *Derecho procesal civil.*
JIMÉNEZ ASENJO: *Derecho procesal penal.*
MÁRQUEZ: *Nulidad y subsanación ex officio,* «Rev. de Dr. Proc.», 1945.