
ARTÍCULOS

REFLEXIONES SOBRE LOS INCIDENTES EN EL PROCESO DECLARATIVO CIVIL

PABLO SAAVEDRA GALLO*

* Catedrático de Derecho Procesal.

UNED

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. LA «PLAGA» DE LOS INCIDENTES EN EL PROCESO COMÚN

II. LOS INCIDENTES EN LA CODIFICACIÓN PROCESAL

A. *Observaciones previas.*

B. *Los incidentes en ordenamientos con proceso escrito (España e Italia).*

C. *Los incidentes en ordenamiento con proceso oral (Alemania y Austria).*

III. LA REGULACIÓN DE LOS INCIDENTES EN LOS ORDENAMIENTOS PROCESALES DEL SIGLO XX

IV. EXAMEN DOGMÁTICO

A. *Reflexiones aproximativas a la noción de incidentes.*

1. Corrientes doctrinales.
2. Distinción entre cuestión incidental y procedimiento para su resolución.
3. Cuestión incidental.
4. Modos y formas de resolución de las cuestiones incidentales.

B. *Fundamento.*

C. *Naturaleza.*

D. *Clases.*

V. LOS INCIDENTES EN EL PROCESO CIVIL DECLARATIVO ESPAÑOL. LA SUPRESIÓN POR LA NOVELA 34/84 DEL LLAMADO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

VI. PRESENTE Y FUTURO DE LOS INCIDENTES EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL (CONCLUSIONES)

A. *Consecuencias de la Reforma 34/84.*

B. *Nuestra valoración.*

C. *Perspectivas de futuro.*

REFLEXIONES SOBRE LOS INCIDENTES EN EL PROCESO DECLARATIVO CIVIL

PABLO SAAVEDRA GALLO

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Procesal Civil una de las figuras que ha generado más críticas es la de los incidentes.

Los estudiosos de todos los tiempos no ahorran calificativos para advertirnos que entramos en la «zona minada» del proceso civil; el sector que puede hacer «estallar por los aires» las buenas intenciones de cualquier reforma legislativa¹.

La vigencia hoy en España de un proceso civil predominantemente escrito, regulado en una ley centenaria (cuyo contenido es, en gran medida, producto de acarreos históricos), junto a la permanente utilización indebida de los incidentes, confirman que las advertencias denunciadas no han perdido, lamentablemente, actualidad.

Efectivamente, los incidentes son en el enjuiciamiento civil español acreedores, como dice GUASP², «de una triste y bien merecida fama de plaga pro-

¹ «Si se quiere que una cuestión judicial no tenga fin, no hay más que multiplicar los artículos (léase incidentes)», ALCUBILLA, *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*. Madrid, 1851, t. IV, p. 42. «Nada ha hecho más daño, al desarrollo de los litigios y al prestigio de la Administración de Justicia...», SENTÍS MELENDO, *El Proceso Civil*. Buenos Aires, 1957, pp. 120-121.

² GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1950, t. segundo, v. primero, p. 983.

cesal, por los inagotables recursos que brindan a los litigantes de mala fe»; constituyen, sin duda, una de las causas de la lentitud crónica que padece nuestro proceso civil³.

La mayoría de los autores coinciden en constatar el fracaso de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en materia de incidentes. En cuanto a los motivos del mismo las opiniones varían. Unos piensan, como DE MIGUEL⁴, que «el mal endémico de los incidentes es algo contra lo que el legislador no ha querido combatir de manera eficaz». Otros, entre los que destaca BECEÑA⁵, consideran que son los abogados, «los que utilizan estos medios bastardos (citados textualmente) para alargar y complicar el proceso». Más recientemente, SERRA⁶, con motivo de la derogación del incidente de nulidad de actuaciones, por la novela 34/84, alude a la «grave responsabilidad de la jurisprudencia en el fracaso práctico de la nulidad de actuaciones».

Nadie duda, en cambio, que estamos ante un aspecto neurálgico del procedimiento civil en general, del que depende su propia estructura. Con acierto advierte CARNELUTTI⁷ que «el problema de los incidentes es sin exageración, uno de los más graves entre los que se refiere al procedimiento; culmina en él aquella dificultad que parece en verdad un rompecabezas, la de decidir pronto y bien».

En consecuencia, los incidentes son el punto obligado de referencia en el largo debate doctrinal entre las dos concepciones antitéticas sobre la estructura del procedimiento: procedimiento escrito y procedimiento oral.

Desde la primera perspectiva las partes son libres de desplegar su acción en el tiempo, asumiendo el juez una mera función de control del proceso, pero no de dirección. «Cuando surgen contrastes entre las partes (cuestiones incidentales), acerca de una norma procesal o material, son resueltas por el juez mediante sentencia; de aquí que no exista una sola sentencia (la definitiva), sino otras (las interlocutorias) en las cuales (como dice SATTA) el juicio se fracciona y desmenuza»⁸.

³ «Son ellos (los incidentes) los que, multiplicados hasta el infinito..., contribuyen en gran medida... a hacer de nuestro enjuiciamiento uno de los más lentos de la tierra», ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid, 1934, pp. 239-240; ver también HABSCHIED, *Introduzione al Diritto processuale civile comparato*. 1985, pp. 158-160.

⁴ DE MIGUEL y ALONSO, *Incidentes*, NEI Seix, XII, p. 135.

⁵ BECEÑA, *Notas de Derecho Procesal Civil*, recogidas por Fuciso y Perales. Madrid, 1932, p. 559.

⁶ SERRA, en obra colectiva, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ley 34/1984 de 6 de agosto)*. Madrid, 1985, p. 626.

⁷ CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, 1973, v. II, p. 52. El problema más grave que presenta «la organización y disciplina» del proceso civil es el de la resolución de las cuestiones incidentales, ROCCO, *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1972, t. tercero, p. 217. La perturbación lógica que introducen en el proceso y las repercusiones prácticas que originan, hacen de ellos, «una de las crisis más temibles del proceso», GUASP, *op. cit.*, p. 87.

⁸ SATTA, *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1990, v. primero, pp. 265-266.

De acuerdo con el punto de vista de la oralidad se impone una intervención positiva del juez. Éste debe presenciar todos los acaecimientos procesales; desarrollándose el proceso en el más breve tiempo posible, sin que su curso pueda ser «retardado o interrumpido por juicios interlocutorios, resolviendo las eventuales cuestiones por medio de simples resoluciones no destinadas a constituir cosa juzgada»⁹.

Pero los problemas de los incidentes no se agotan en los terrenos legislativo y práctico sino que se extienden también, con la misma intensidad, al teórico.

Muestra de ello es la falta del más mínimo acuerdo doctrinal, según expresa PODETTI¹⁰, en cuanto a qué debe entenderse por incidentes, cuáles son sus elementos, qué motivo o razón justifica su establecimiento por el legislador y qué naturaleza jurídica tienen.

Ante el panorama descrito cabe cuestionarse seriamente sobre la oportunidad del trabajo que comenzamos.

Es una materia difícil, para muchos autores de imposible solución. La mayoría de la doctrina moderna italiana y alemana ha abandonado su estudio; no la reconocen como categoría procesal e incluso la rechazan por inútil y estéril. Al mismo tiempo los modernos códigos procesales no recogen expresamente a los incidentes¹¹.

A pesar de lo expuesto, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil los sigue contemplando; además la novela 34/84 se refiere especialmente a esa materia. Los autores españoles, incluso los más influenciados por la doctrina moderna, continúan utilizando el término incidentes en relación con múltiples y diversos aspectos del proceso. Por otro lado, la inevitable reforma del proceso civil, que deberá seguir la idea símbolo de la oralidad¹², no podrá evitar adoptar soluciones estructurales y específicas en relación con los incidentes.

Estamos, por tanto, ante una materia antigua pero con grandes trazos de modernidad. Desde luego no pretendemos resolver los debatidos problemas que plantea en el plano teórico. Pero sí queremos efectuar algunas reflexiones, desde la experiencia histórica y del Derecho Comparado, que nos permitan esbozar algunas soluciones.

⁹ SATTI, *op. cit.*, pp. 266-267.

¹⁰ PODETTI, *Teoría y técnica del Proceso Civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires, p. 273.

¹¹ Gráficamente, BRISEÑO SIERRA, afirma que por «lo general, la doctrina no resiste el peso de este fardo y encuentra una salida meramente literaria, procediendo a clasificar y subclasificar los casos», *Derecho Procesal*, v. cuarto. México, 1970, p. 254.

¹² La expresión es de CAPPELLÉTTI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, p. 45.

I. LA PLAGA DE LOS INCIDENTES EN EL PROCESO COMÚN

Aunque se contemplan precedentes en el Derecho Romano¹³, es en el denominado Derecho Común donde los incidentes adquieren la fama de plaga procesal.

La confluencia de dos circunstancias hacen posible esa situación:

1. Las peculiaridades propias del proceso romano-canónico¹⁴.

- a) Predominio absoluto de la escritura. La escritura siempre ha sido caldo de cultivo para la proliferación de los incidentes¹⁵.
- b) La obligada pasividad del juez en la dirección del proceso. Se otorgaba, dice CHIOVENDA, «una desmedida importancia a la iniciativa de las partes en el desarrollo del proceso»¹⁶.
- c) La impugnabilidad inmediata de toda decisión judicial. Los procedimientos accesorios proliferaban al «igual, dice CAPPELLETTI, que el tronco de un árbol se expande en sus ramas»¹⁷.

¹³ En contra SALAS VIVALDI, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal*. Santiago de Chile, 1982, p. 19. Sin embargo, en el «proceso cognitorio o procedimiento *extra ordinem*» se contemplan algunos antecedentes. No con la utilización del término incidentes, pero sí bajo otros términos como *interlocutio*, *articulus* y *praeiudicium*, se refieren las fuentes a las decisiones que debía tomar el juez romano sobre cuestiones preliminares o adyacentes a la principal suscitadas por las partes a lo largo del proceso. Al respecto ver: LAURIA, *Aspetti ed effetti de la cognitio extra ordinem*. Nápoles, 1934; SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla cognitio extra ordinem*. Milano, 1960; LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem I*. Bolonia, 1965; ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*. Milano, 1965; MURGA, *Derecho Romano Clásico. II El proceso*. Zaragoza, 1983, p. 49; HACKL, *Praeiudicium im Klassischen römischen Recht*. Salzburgo-Munich, 1976; MENESTRI-NA, *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano, 1904; GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Madrid, 1988, p. 181; *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESSECA, GARCÍA GARRIDO y MURILLO. Pamplona, 1975, t. III, libros 37-50, pp. 339 y ss. (especialmente Título I de Libro XLII; D 42.1.15; 25.3.31; 44.7.37), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, traducido al castellano, notas de García del Corral. Barcelona, 1895, pp. 263-264 (Libro VII, Título LVII, 4).

¹⁴ Sobre las peculiaridades del proceso romano-canónico en general ver CAPPELLETTI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, 1972, trad. de Sentís, pp. 35 y ss.

¹⁵ Vid. PERTILE, *Storia del Diritto italiano. Storia della procedura*. Roma, Napoli, Milano, 1902, v. VI, parte II, pp. 71 y ss.

¹⁶ CHIOVENDA, *Principios del Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1922, p. 13.

¹⁷ CAPPELLETTI, *Proceso oral*, p. 38.

2. La decisiva influencia del Derecho Procesal Canónico.

Con la prudencia que aconseja CHIOVENDA¹⁸ («siempre es difícil entender justamente el proceso de los tiempos antiguos»), nos unimos a los autores, como GÓMEZ ORBANEJA¹⁹, que atribuyen al Derecho Canónico la decisiva influencia en la configuración de los incidentes.

Ratifican esa afirmación, el amplio desarrollo que siempre han tenido los incidentes en el Derecho Procesal Canónico (desde las decretales hasta el vigente Código)²⁰ y la confusión reinante en esa época, lo que permitía en muchos casos aplicar las normas canónicas en los procesos civiles²¹.

El resultado fue un verdadero caos. En los textos normativos reguladores del proceso civil no se contemplaban a los incidentes. Sin embargo, en la práctica se utilizaban con una frecuencia abrumadora²². Se convirtieron, como dice NOGUÉS, en «uno de los ardis que empleaban para la retardación de los pleitos los curiales traviesos, involucrando la

¹⁸ CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*.

²⁰ Vid. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano, 1982, p. 78; ENGELMANN, *A History of Continental Civil Procedure*. Boston, 1927, p. 444; VILLAR, *El acto interlocutorio: la sentencia y el decreto*. Valladolid, 1986, p. 37; del mismo autor *La sentencia interlocutoria en la jurisprudencia canónica*. Valladolid, 1979, tesina inédita, pp. 108 y ss.; LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*. Roma, 1938-1940, v. II, p. 858; SANTA MARÍA PEÑA, *Comentarios al Código Canónico*. Madrid, 1922, v. V, p. 214.

— CABEROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*. Madrid, 1964, III; DELLA ROCA, *Instituciones de Derecho Procesal Canónico*. Buenos Aires, 1950, trad.; MORENO HERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Canónico*. Madrid, 1945; MUÑOZ, *Procedimientos eclesiásticos*. Sevilla, 1925, III; GHIDOTTI, *La nullità della sentenza giudiziale nel Diritto Canonico*. Milano, 1965; LLAMAZARES, *Derecho Canónico Fundamental*. León, 1980; PANIZO ORALLO, «La sentencia interlocutoria en el proceso canónico: Algunos problemas técnico procesales», en *Rev. de Leg. y Jur.*, 1980, pp. 375-409; SUÁREZ PARTIERRA, «La impugnación de la Sentencia Canónica» en *Rev. de Der. Públ.*, 1981, v. I, pp. 77-127.

²¹ «A este rito judicial le corresponde verdaderamente el nombre de proceso romano-canónico: romano por una parcial terminología, porque las fuentes justinianas del siglo XII en adelante fueron el fondo de los conceptos fundamentales: canónico por las notables innovaciones provenientes de las disposiciones pontificias, tanto que no se recordaba canon que no fuese texto también en los tribunales laicos. Así en materia de litispendencia, competencia, delegación, incidentes, prueba, indicios, sentencia, nulidad, apelación, revocación, etc. El derecho canónico lo permeó todo con su espíritu de buena fe y de equidad, imponiéndolos así sobre la nacionalidad y el particularismo de las leyes. La Iglesia fue la que hizo de este proceso elaborado más por los canonistas que por los civilistas el proceso católico por excelencia, que debía por eso abrirse a las aulas judiciales de todo el mundo.» SALVIOLI, *Storia de la procedura civile e criminale*, Milano, 1927, 2, pp. 156-157. Ver también ENGELMANN y otros, *A history of Continental Civil Procedure*. Boston, 1927, pp. 457 y s.

²² «Nuestro antiguo Derecho, si bien no los reconoció expresamente en la forma que los explica la nueva ley (se refiere a la LEC de 1855), los autorizaba implícitamente en el fondo de alguna de sus disposiciones y por la necesidad de resolver las cuestiones que pudieran promoverse durante el pleito» (MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1955, p. 6). Ver VERGÉ *El incidente de nulidad de actuaciones*. Barcelona, 1982, p. 149; ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Biblioteca de Escritos o Tratado General Teórico Práctico*. Madrid, 1846, p. 73. PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho Español*. Madrid, 1989, p. 1270. *Tercera Partida, Título XXII, ley II*, en *Los Códigos*

sustanciación, retardándola y ocasionando gastos inmensos. Los tribunales eran, a veces, como aquellos países encantados en que los objetos se alejaban más cuanto más hacia ellos se caminaba»²³.

II. LOS INCIDENTES EN LA CODIFICACIÓN PROCESAL

A. *Observaciones previas*

Uno de los objetivos de la codificación procesal, ante el estado de cosas descrito, fue el de acabar con los abusos de los incidentes.

El planteamiento estructural del proceso que se pretenda implantar, según señalamos en la introducción, tendrá una influencia decisiva. Así es necesario distinguir entre los ordenamientos procesales que siguen inspirados en el principio de escritura (como el español y el italiano) y los que, rompiendo con el pasado, adoptan las fórmulas del proceso oral (como el alemán y austríaco).

B. *Los incidentes en los ordenamientos con proceso escrito (España e Italia)*

En España, el primer intento de hacer frente a la maraña de artículos e incidentes, que se habían apoderado del proceso civil, lo constituye el artículo 48.3 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835; al disponer que «no se admitirán otros artículos de previo y especial pronunciamiento que los que las leyes autorizan».

La igenuidad del legislador era patente, puesto que como hemos dicho las leyes no contemplan ningún tipo de incidentes²⁴.

gos Españoles. Concordados y anotados. Código de las siete Partidas. Madrid, 1848, III, p. 279. Los Códigos españoles concordados y anotados. Novísima Recopilación de las Leyes de España. Madrid, 1850. pp. 456 y ss. y 472 y ss., tomo IX. GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos de Práctica Forense*. Valladolid, 1825, p. 39. ELIZONDO en su *Práctica Universal Forense de los Tribunales Superiores de España y de las Indias*. Madrid, 1774, I, p. 34.

²³ NOGUÉS, *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855. Madrid, 1856, t. I, p. 495.

²⁴ «... Leve correctivo fué á semejante abuso el Reglamento provisional para la administración de justicia que estableció que solo se admitieran los artículos de previo y especial pronunciamiento que las leyes autorizaban y solo en el tiempo y en la forma que prescribían. Como las leyes nada decían respecto de estos artículos que se habían introducido por interpretación, como por consecuencia nada había tampoco escrito en el derecho» (GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos*

La Instrucción del Marqués de Gerona de 1853, es el segundo texto normativo que arremete contra los incidentes. En su artículo 58 se establece la pieza separada como regla general y unas normas comunes que debían observarse en toda tramitación de incidentes²⁵.

El legislador de 1855, consciente, según expresa GÓMEZ DE LA SERNA, de que no «podía continuar así semejante estado de anarquía»²⁶, reguló por primera vez en nuestra historia, con carácter general y expresamente, a los incidentes.

En el Título VIII, bajo la rúbrica «de los incidentes» les dedica 14 artículos (del 337 al 350)²⁷. Pero la regulación, como dice HERNÁNDEZ DE LA RÚA, se hizo más pensando en el pasado que en el futuro, presentando múltiples defectos²⁸.

Ante tal estado de cosas, en los años siguientes se suceden las críticas y las propuestas de reforma²⁹.

A pesar de lo expuesto, la Ley de 1881 mantendrá la misma estructura de los incidentes de 1855 con algunas innovaciones: se regulan con más detalle los elementos de la pieza separada; se exige que las cuestiones tengan relación

de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la LEC. Madrid, 1857, p. 89.

En el mismo sentido MANRESA, MIQUEL, REUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1856, II, p. 559.

VV.AA., *Enciclopedia española. Derecho y Administración. Nuevo Teatro Universal de la Legislación*. Madrid, 1851, p. 59.

ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1874, p. 758.

²⁵ «El verdadero cáncer de nuestras instituciones judiciares...». «Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria». *RGLJ*, 1853, II, pp. 176 y ss. *Vid. Crónica de la Codificación Española. Procedimiento Civil*. Madrid, 1972, pp. 48-49; El texto íntegro de las observaciones emitidas por el Colegio de Abogados está recogido en la *RGLJ* (primer cuatrimestre de 1854, pp. 13-92, especialmente, en cuanto a los incidentes, 56-57. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, «Ley de Enjuiciamiento Civil». Madrid, 1856, p. 440. FAIRÉN en *Temas del Ordenamiento procesal*. Madrid, 1969, p. 67; Comunicación Congreso, *Actas*, p. 428. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Práctica general Forense*. Madrid, 1856, I, p. XVI; PRIETO-CASTRO, «La Instrucción del Marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la jurisdicción ordinaria», en *RGLS*, t. 193, p. 115.

²⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 87.

²⁷ «Quizás no se haya cortado el mal de raíz por la vaguedad con que están redactados los artículos 337 y 339; comprendemos también las dificultades con que habrían tropezado los autores de la nueva Ley para determinar con precisión todos los incidentes que son admisibles en juicios» (MANRESA, REUS, *op. cit.*, pp. 560, 561 y 562).

²⁸ HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *op. cit.*, p. 441.

²⁹ *Vid.*: Proyecto de Ortiz de Zárate (4 de marzo de 1859); proyecto de Casanueva (4 de mayo de 1865); proyecto de Perier (10 de abril de 1866); proyecto de Dánvila (27 de mayo de 1877); proyecto de Moraza; proyecto de Aguado (24 de mayo de 1867); proyecto de Bueno (8 de octubre de 1869); proyecto de Orense (4 de noviembre de 1872); proyecto Alvarado (14 de julio de 1873); y proyecto de Pérez Sanmillán (9 de julio de 1877).

directa e inmediata con la principal; y el recurso de apelación contra la providencia de inadmisión pasaba a ser un solo efecto³⁰.

La regulación de los incidentes ya en 1881 era, por tanto, incapaz de hacer frente a los abusos.

El Código italiano de 1865 se desarrolló dentro de las mismas coordenadas que las leyes españolas. Contemplaba una regulación común de las cuestiones incidentales. Admitiendo la existencia de cuestiones especiales.

El principal problema que presentaba era la falta de coordinación entre las normas de los modelos de procedimiento: el formal y el sumario³¹.

C. Los incidentes en ordenamientos con proceso oral (Alemania y Austria)

A diferencia de la legislación española e italiana, el movimiento legislativo que se apoya en la idea símbolo de la oralidad, arremeterá duramente, sin concesiones, contra los principios y caracteres que tanto favorecieron el abuso de los incidentes.

En la ZPO alemana de 1877 destacan cuatro caracteres, en cuanto a los incidentes, que son una respuesta contundente a los viejos planteamientos del proceso común:

1) *Predominio de la oralidad en el procedimiento*³².

2) *Máxima concentración en el desarrollo del proceso*. En cuanto a los incidentes se manifestaba en dos sentidos: el ideal del proceso oral, según WACH, es la concentración de todos sus actos, incluidos los que deban seguir-

³⁰ REUS, *op. cit.*, p. 207.

³¹ Señala OLIVIERI, en el *Digesto Italiano*. Milano, Roma, Napoli, 1902-1906, vol. XIII, parte prima, voz *incidenti*, pp. 523-524, que en la legislación romana y medieval faltaban normas generales que regularan la admisión y resolución de cualquier cuestión incidental. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*. Firenze, 1880, V. I.; RISPOLI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Torino, 1935; CRESPOLANI y SONZONO, *Diritto Processuale Civile*. Roma, 1932; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*. Roma, 1936; MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*. Milano, 1922. Al respecto ver también los manuales citados por CHIOVENDA en *Principios, op. cit.*, pp. 36 y 37 de: GALANTE, *Lezioni di Diritto processuale civile*. 1909; CAVALLER, *Diritto giudiziario civile*. 1905, SIMONCELLI, *Lezioni di Diritto giudiziario*. 1905.

³² WACH, *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, Buenos Aires, 1958, p. 6.

se para la resolución de las cuestiones incidentales³³; pero además la concentración, según expresa CHIOVENDA, hace desaparecer un número enorme de cuestiones que aviva el formalismo del proceso escrito, con la consiguiente reducción de los incidentes³⁴.

3) *Reforzamiento de los poderes del juez*. Los poderes del juez, según WACH, que antes estaban encadenados en el proceso romano-canónico, ahora se convierten en la rueda motriz del proceso³⁵.

4) *Inimpugnabilidad independiente de las resoluciones judiciales interlocutorias*³⁶.

Las principales consecuencias que se derivan de esos caracteres en la regulación de la ZPO alemana son las siguientes³⁷: no se contempla un procedimiento ni normas comunes para los incidentes; la única referencia general se contiene en el párrafo 275 en relación con la llamada sentencia incidental; en la legislación, la jurisprudencia y ciencia alemana las cuestiones incidentales se circunscriben a los aspectos procesales; el procedimiento para la resolución de las cuestiones incidentales no debe seguir ninguna tramitación especial, salvo la necesidad de un debate oral previo; junto a la sentencia definitiva se regulan, como hemos dicho antes, las sentencias incidentales que sólo son apelables en muy escasos y excepcionales supuestos.

La ZPO austríaca de 1895 se desarrolla dentro de las coordenadas del modelo alemán pero con dos variaciones importantes:

1) La existencia de una audiencia saneadora o preliminar. Siguiendo a CHIOVENDA podemos decir que la audiencia saneadora o preliminar sirve: por un lado, para «matar» el nacimiento de procesos no necesarios; por otro, para «matar» muchas cuestiones incidentales dada su función saneadora³⁸;

³³ WACH, *op. cit.*, p. 16.

³⁴ CHIOVENDA, *Instituciones*, pp. 163 y 164: a la regla de la concentración no deben sustraerse siquiera las llamadas incidentes, ya se refieran a las cuestiones previas de la litis, ya sean, sobre todo, cuestiones que surjan durante la práctica de la prueba. Los incidentes deben ser resueltos en la audiencia misma en que el proceso está concentrado...

³⁵ WACH, *op. cit.*, p. 78.

³⁶ «Para realizar la oralidad y la concentración, aún se requiere que la decisión del incidente no pueda impugnarse por separado de la cuestión de fondo. La que no puede prescindirse sino respecto de algunas excepciones *litis ingresum* impeditentes, cuando a la libre apreciación del juez parezca conveniente suspender la prosecución de la *litis* hasta que se decida sobre la apelación» (CHIOVENDA, *Instituciones*, p. 165).

³⁷ *Vid.*, GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*. Barcelona, Madrid, 1936, pp. 302 y ss. SCHÖNKE, *Derecho Procesal Civil*. Barcelona, pp. 256 y ss.

³⁸ CHIOVENDA, *Instituciones, op. cit.*, p. 174.

2) se acentúa la función activa del juez (el poder de dirección del proceso es más amplio que en el sistema alemán)³⁹.

III. LA REGULACIÓN DE LOS INCIDENTES EN LOS ORDENAMIENTOS PROCESALES DEL SIGLO XX

La regulación de los incidentes en el siglo XX sigue desarrollándose dentro de las dos líneas descritas, generadas por las distintas perspectivas estructurales del procedimiento; aunque el acercamiento de los dos sistemas, en determinados ordenamientos, han producido algunas soluciones intermedias.

En los ordenamientos procesales inspirados en los viejos principios del proceso común, el tratamiento procesal de las cuestiones incidentales se sigue desarrollando con los mismos módulos: determinadas cuestiones incidentales cuentan con un procedimiento específico para su resolución y el resto se sustancia por un procedimiento común (ambos regidos por el predominio del principio de escritura).

Dentro de los Códigos procesales, continuadores de la tradición jurídica española, destacan los iberoamericanos: Códigos procesales argentinos de la Nación, de Mendoza y de Córdoba⁴⁰, Código chileno de procedimiento civil de 1902 y reformas posteriores⁴¹, Código mejicano de procedimientos civi-

³⁹ CHIOVENDA, *Instituciones, op. cit.*, p. 174.

⁴⁰ La doctrina argentina le ha dispensado siempre a los incidentes especial atención. En este sentido *vid.* PODETTI, *Tratado de los actos procesales*. Buenos Aires, 1955, p. 464; SENTÍS MELENDO, *El proceso civil, op. cit.*, p. 120; BERTOLINO, «El concepto de incidente y la aplicación de la norma procesal civil», *op. cit.*, p. 120; BERTOLINO, «El concepto de incidente y la aplicación de la norma procesal civil», en la *Revista La Ley*. Argentina, 1980, p. 115; CHIAPPINI, *El proceso incidental*. Buenos Aires, 1984; MORELLO, SOSA y BERIZONCE, *Códigos procesales en lo Civil y lo Comercial de la providencia de Buenos Aires y de la Nación*. Buenos Aires, 1986, pp. 396 y ss.; PALACIO y ALVARADO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, 1989, tomo 4.º, pp. 570 y ss.; MARTÍNEZ ÁLVAREZ, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, 1988, pp. 72 y ss.; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, preparado por Danielián y Ramos, editado por Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989, pp. 68 y ss.; CUADRADO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Comentado y Concordado. Buenos Aires, 1987, pp. 263 y ss.; ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires, 1961, t. IV, pp. 508 y ss.; PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, t. IV, pp. 257 y ss.; ORELLO, *La Reforma Procesal Civil en Buenos Aires*. La Plata, 1967, pp. 265 y ss.

⁴¹ Los preceptos que integran ese Código han sido estudiados ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, al respecto ver: SALAS, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal*. Santiago de Chile, 1982, 3.ª edic.; GUILLERMO GERMAIN, «De los incidentes», en *Memoria de Prueba*.

les para el Distrito Federal⁴² y el Código colombiano de procedimiento civil de 1970⁴³.

En el lado opuesto, las soluciones de los ordenamientos procesales inspirados en la idea símbolo de la oralidad ofrecen indudables ventajas: la mayoría de las cuestiones incidentales se resuelve en la misma audiencia general del proceso; los escasos procedimientos específicos que se contemplan nunca pasan del intercambio de escritos y audiencia oral; las audiencias preliminares o saneadoras constituyen un filtro que evita muchas cuestiones incidentales.

Aunque se suele hablar del modelo austro-alemán, realmente, en materia de incidentes, el ejemplo a seguir es el de la ZPO austríaca de 1895, al que se ha ido ajustando la ZPO alemana en el presente siglo.

Efectivamente, la ZPO de 1877, debido a su inspiración liberal, mantenía ciertos límites a los poderes del juez que impedían evitar la proliferación de los incidentes⁴⁴. Así se puso de relieve en el Congreso de Viena de 1928, donde se plantea la unificación de los procesos civiles alemán y austríaco⁴⁵.

Después del paréntesis de la reforma de 1933, de claro trasfondo nacional-socialista, acertadamente criticada por CARNELUTTI⁴⁶, las reformas posterior-

Valparaíso, 1930; BENAVENTE, *Derecho Procesal: Juicio Ordinario y Recursos Procesales*. Santiago, 1948, t. II, p. 85; STOEHLER, *De los incidentes*. Santiago, 1949; CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho Procesal: Derecho Procesal Civil*. Santiago, 1951, t. III, p. 314. Sobre Jurisprudencia en materia de incidentes, la obra de SALAS y la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* recogen numerosas sentencias.

⁴² ARELLANO, *Teoría General del Proceso*. México, 1980, pp. 137-138. el texto de los preceptos indicados puede verse en *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*. México, 1988, 35.ª edición; también en OBREGÓN, *Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal* (Comentado y Concordado, contiene: jurisprudencia, tesis y doctrina). México, 1987.

⁴³ *Vid.* *Código de Procedimiento Civil*, compilado por Ortega Torres. Bogotá, 1988.; DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de Derecho Procesal. El Proceso Civil*. Bogotá, 1982, t. III, vol. I, Parte general, p. 145.

⁴⁴ *Vid.* MENDELSSOHN, «Le recenti riforme del processo civile in Germania», en *Riv. Diritt. Proc. Civile*, vol. I, parte I, 1924, p. 264; HEINSHEIMER, «La nuova legge processuale tedesca» en *Rivist. Diritt. Proc. Civile*, vol. II, part. I, 1925, p. 213.

⁴⁵ «Las novelas de 1909 y la de 1924 han dado al proceso germánico muchas de las soluciones del austríaco...» «para la unificación del proceso civil los juristas de los dos países consideran que será necesario que Alemania adopte parte del proceso austríaco» (CALAMJANDREI, «Su riforma del processo austriaco e germanico al Convegno dei processualisti tedeschi», en *Riv. Dir. Proc. Civile*, vol. V, part. I, 1928, p. 368).

⁴⁶ CARNELUTTI, «Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione (postilla)», en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, vol. XI, part. I, pp. 289-295. Ver también VOLKMAR, «La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la sua importanza del lato della politica legislativa» en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, vol. XI, part. I, 1934, pp. 273-288; NEUNER, «Il progetto di un nuovo regolamento per il processo civile tedesco», en *Riv. Diritt. Proc. Civ.*, vol. XI, part. I, 1934, pp. 58-76; En relación con esa nueva corriente ver: «Nuove correnti nel campo della procedura civile in Germania», en *Riv. Dir. Process. Civile*, vol. XIII, part. I, 1936, pp. 135-139 (recoge mucha de la bibliografía de la época); en «Rassegna di letteratura e legislazioni straniere», Germania, en *Riv. Dir. Process. Civ.*, vol. VI, part. I, 1939, pp. 293-302.

res en 1945 se dirigen en el camino del reforzamiento de los poderes del juez⁴⁷.

El fuerte impacto que ha tenido la idea símbolo de la oralidad en muchos ordenamientos jurídicos ha permitido una amplia aceptación de esas fórmulas de resolución de las cuestiones incidentales⁴⁸.

Finalmente, algunos ordenamientos procesales han ensayado fórmulas intermedias, combinando los elementos de las dos tendencias descritas.

En este sentido, el Código italiano de 1940, dentro de un contexto de predominio de la escritura (debido a la contrarreforma de 1950), introduce en relación con el Código de 1865 importantes cambios: no contempla una regulación común de los incidentes; recoge de forma dispersa cuestiones de carácter incidental, se suprime la posibilidad de dictar sentencias interlocutorias; el juez instructor concentra amplios poderes para la admisión y resolución de cuestiones incidentales o su remisión al Colegio⁴⁹.

Siguiendo la estela italiana el Código de Procedimiento Civil venezolano de 1986 adopta un sistema semejante⁵⁰.

En otro sentido, los Códigos procesales lusitanos vigentes, que establecen un proceso predominantemente oral, en cuanto a los incidentes contemplan un sistema semejante al modelo de los procesos escritos: regulación amplia y común de los incidentes, con un procedimiento común⁵¹.

⁴⁷ Vid. GOLDSCHMIDT, *cit.*, traducción por Prieto Castro en el apéndice del *Código Procesal Civil alemán*, p. 810.

⁴⁸ Los textos normativos, así como bibliografía en relación con los mismos puede verse en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías...*, *cit.*, p. 45.

⁴⁹ Al respecto ver: SATTA, *Comentario al Codice di Procedura Civile Libro Secondo. Processo di cognizione*, pp. 67 y ss.; VV.AA., *Rassegna di Giurisprudenza sul Codice di Procedura Civile*. Milano, 1967, pp. 102 y ss.; ALLORIO, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, pp. 520 y ss.; CARPI, COLESANTI Y TARUFFO, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*. Padova, 1988, pp. 310 y ss.

Sobre los «Accertamenti incidentali» del artículo 34 del Código Penal Civil, *vid.*: CARPI, COLESANTI, TARUFFO, *cit.*, pp. 34 y ss.; ZANZUCHI, *Diritto Processuale Civile*. Milano, 1964, pp. 202 y ss.; MONTESANO, *La tutela Giurisdizionale dei diritti*. Torino, 1985, pp. 114 y ss.

⁵⁰ Vid. para todas las referencias al Código, los *Comentarios al nuevo Código de procedimiento Civil*. Maracaibo, 1986, elaborados por Henríquez La Roche.

⁵¹ Vid. LUSO, ROMEIRA Y FERRAZ, *Código de Processo Civil* (anotado). Coimbra, 1985, y las obras que citan los autores mencionados: LÓPEZ CARDOSO, *Manual dos Incidentes da Instancia y Código de Processo Civil Anotado*; RODRÍGUEZ BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, 1971; ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, varios volúmenes. Sobre la configuración histórica de los incidentes en el proceso civil portugués, ver DOS REIS, «La riforma del processo civile portoghese», en *Riv. di Dir. Proc. Civ.* 1930, VIII, pp. 158 y ss.;

FIGUEIREDO TEXEIRA, *Código de Processo Civil*. Río de Janeiro, 1980; BARBOSA MOREIRA, «Os poderes do Juiz Na Direção e na instrução do processo», en *Rev. Brasil de Direito Processual*, vol. 48, pp. 111 a 118; J. F. MARQUEZ, *Manual de Direito Processual Civil*. Sao Paulo, 1981, pp. 47 y ss.

IV. EXAMEN DOGMÁTICO

A. Reflexiones aproximativas a la noción de incidentes

1. Corrientes doctrinales

Según hemos apuntado ya, el estudio dogmático de los incidentes está en este momento condicionado por la incapacidad de los estudiosos para asumir una posición mínimamente aceptada en torno al concepto, fundamento, naturaleza y clases de los incidentes.

Dentro de la doctrina extranjera, desde una perspectiva general, pueden contemplarse las siguientes posiciones:

1) A favor de mantener y desarrollar con amplitud la noción de los incidentes

La dogmática italiana del siglo pasado y de la primera mitad del actual dedicó muchos estudios a esta materia, partiendo del contenido del Código de 1865. Así autores como OLIVIERI, RICCI, MORTARA, RISPOLI, CRESPOLANI, BETTI, ANICHINI, consideraban a los incidentes como formas procesales secundarias y accesorias que se insertan en la estructura ordinaria del proceso para la solución de cuestiones, que se refieran a la relación procesal o la *litis*⁵².

En la doctrina moderna italiana un grupo de autores se ha manifestado a favor de restaurar la noción de los incidentes, entre los que destacan CARNELUTTI, ROCCO y PUNZI. Según ellos los incidentes son «todas las cuestiones que caen entre la demanda y la decisión, en el sentido que deban ser resueltas antes que se decida la *litis*» (CARNELUTTI)⁵³.

La doctrina iberoamericana, en general, también puede encuadrarse en este grupo. De este modo SALAS, PALACIO, COUTURE, MORELLO, ARE-

BARBOSA MOREIRA, «Questões prejudiciais e questões preliminares» en *Direito Processual Civil* (Ensaíos e Pareceres), 1971, pp. 73 y ss.; GINOVER, *Ação Declaratória Incidental*, 1972; MOZIN DE ARAGAO, *Comentário ao Código de Processo Civil*, 1974, vol. II, pp. 397 a 421; GALLO, «Il nuovo codice brasiliano di procedura civile», en *Rivista di Dir. Proc. Civ.*

⁵² ANICHINI, en *Nuovo Digesto Italiano*, voz incidenti.

⁵³ CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, v. IV, Procedimiento de conocimiento, pp. 157 y ss.

LLANO, PODETTI, BRISEÑO, consideran incidentes a todas las cuestiones contenciosas que pueden suscitarse durante el desarrollo del proceso y guarden algún grado de conexión con cualquiera de los elementos que lo integran⁵⁴.

2) *Corriente doctrinal partidaria de reducir los incidentes a las cuestiones de carácter procesal*

La doctrina alemana no considera necesario darle tanto relieve a la noción de incidentes, dado que se trata de unos instrumentos procesales dirigidos simplemente a facilitar la marcha del proceso. De esta forma WACH, GOLDSCHMIDT, ROSENBERG, SHÖNKE, KISCH, etc., estiman que un incidente es toda cuestión que nace en un procedimiento pendiente de sentencia sobre un problema procesal que atañe a la marcha del procedimiento⁵⁵.

3) *Línea doctrinal partidaria de abandonar la noción de los incidentes*

La noción de los incidentes, frecuente en la doctrina antigua italiana, casi desaparece de la doctrina moderna por la influencia de CHIOVENDA y sus discípulos. Chiovenda no negaba la existencia de cuestiones controvertidas que surgían en el desarrollo del proceso, lo que sí negaba es la utilidad científica y práctica de agrupar todas esas cuestiones bajo el denominador común de los incidentes⁵⁶.

La doctrina española puede ser encuadrada, desde un punto de vista general, en el primer grupo. Lo que no impide que, por ser la nuestra, debamos profundizar en los matices de las distintas posturas:

a) *Defensores de una noción amplia de los incidentes*. Para autores, como PRIETO-CASTRO, DE MIGUEL, SÁEZ y LÓPEZ, dentro de la noción de incidentes se incluyen todas las cuestiones, ya sean de naturaleza procesal o material, ya sean prejudiciales homogéneas o heterogéneas (según la distinción de PRIETO-CASTRO)⁵⁷.

⁵⁴ VESCOVI, *Elementos para una teoría general del proceso civil Latinoamericano*. México, 1978, p. 98.; PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, t. IV, pp. 258-259; MORELLO, SOSA, BERIZONCE, *Códigos Procesales...*, cit., p. 396; COUTURE, *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires, 1976, voz *incidente*, pág. 337; PINA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México, 1961, p. 379.

⁵⁵ *Supra* notas.

⁵⁶ CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid, t. II, pp. 727 y ss.

⁵⁷ PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso Declarativo. Proceso de ejecución*. Pamplona, 1985, p. 358; DE MIGUEL, cit., p. 136.

b) *Defensores de posiciones más restrictivas.* Partidarios de no incluir las denominadas cuestiones prejudiciales heterogéneas dentro de la noción de incidentes son GUASP, ARAGONESES, GÓMEZ COLOMER, etc.⁵⁸.

c) *Defensores de posiciones intermedias.* DE LA OLIVA y DIEGO DE LORA, entre otros, son partidarios de entender que en sentido estricto son cuestiones incidentales todas aquéllas, generalmente de carácter procesal, distintas a las prejudiciales. Aunque estiman que en sentido amplio ambas son incidentales⁵⁹.

d) *Autores que optan por la definición legal.* PLAZA, HERCE, ALMAGRO, RAMOS, consideran que debemos ceñirnos al contenido de la Ley: «Son cuestiones incidentales (dice Almagro) las que tengan relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del proceso en que se promueva, siempre que no les venga asignada una tramitación especial»⁶⁰.

Las posiciones doctrinales expuestas nos sugieren las siguientes reflexiones (en línea con lo propuesto por algunos autores citados).

2. Distinción entre cuestión incidental y procedimiento para su resolución

El primer paso que hay que dar es el de distinguir definitivamente entre cuestión incidental y el procedimiento para la resolución de la misma, que confusamente se ocultan bajo la figura de los incidentes.

La cuestión incidental es el punto u objeto litigioso que surge en el proceso ligada directamente a la cuestión principal. Mientras que el procedimiento incidental es el modo, forma o conjunto de trámites que se siguen para resolver la cuestión incidental.

Evidentemente, estamos hablando de dos cosas distintas, cada una tiene sus propias peculiaridades y problemas, por ello su estudio y tratamiento debe ser distinto.

⁵⁸ GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*. Valencia, 1989, t. II, p. 426; ARAGONESES, «Los incidentes en el juicio verbal», en *Rev. Dr. Proc.*, n.º 2, 1951, p. 336; GUASP, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1950, t. II, p. 983.

⁵⁹ DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*. Barcelona, 1988, t. II, pp. 562-563; DE DIEGO LORA, «Sobre la pretendida naturaleza incidental del beneficio de pobreza», en *Revista de Derecho Procesal*, 1955, 2, p. 288.

⁶⁰ ALMAGRO, *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*. Valencia, 1989, p. 474; RAMOS, *Derecho Procesal Civil*. Barcelona, 1986, p. 809; GUERRA SAN MARTÍN, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Bilbao, 1989, I, pp. 356-357; DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, op. cit., pp. 242 y ss. HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1976, p. 345.

3. Cuestión incidental

Empezando por la cuestión incidental, el punto central de la misma es determinar su alcance y contenido.

A la vista de los elementos integrantes de la cuestión incidental aportados por la doctrina (nosotros recogemos nueve) y las distintas posiciones doctrinales⁶¹ consideramos, siguiendo a PUNZI⁶², que la noción de cuestión incidental debe desarrollarse de la siguiente forma:

Es necesario partir de la compleja realidad que ofrece el proceso. El proceso de conocimiento se desarrolla entre dos actos: el de iniciación y el de resolución. Esa zona que hemos delimitado, externamente se contempla como una cadena sucesiva de actos y situaciones imputables a determinados sujetos, coordinados funcionalmente para un objetivo final. Es evidente que en el desarrollo del conjunto de actos y situaciones descrito pueden generarse puntos o cuestiones que exigen una decisión previa para que el proceso pueda alcanzar su objetivo.

Un rápido repaso de los antecedentes históricos y del Derecho Comparado expuesto nos revela la evolución que ha experimentado el significado de la locución *quidquid incidit in litem* (surgir en medio) del Derecho medieval, hasta llegar a la actual donde el *quidquid* se ha transformado en cuestión; cuestión controvertida que incide en el litigio⁶³.

Ante lo expuesto podemos definir a la cuestión incidental como un elemento de ese complejo entramado de actos y situaciones que es el proceso, que surge en el desarrollo del mismo y que en cuanto se trata de un punto controvertido, que debe ser resuelto antes de la cuestión de fondo, tendrá que ser juzgado por el juez autónomamente o en la decisión final.

De la definición expuesta podemos deducir los elementos esenciales: cuestión controvertida (se trata de un punto de discusión que supone una pugna de pretensiones sobre un aspecto); surge en el desarrollo de un proceso; es una cuestión distinta a la principal que se debate en ese proceso; debe estar conexcionada, estrechamente, con la relación jurídica material o procesal implicadas en el proceso; tiene que ser resuelta con carácter previo o preliminar a la principal; debe ser resuelta mediante una decisión judicial específica.

⁶¹ *Supra.*

⁶² PUNZI, *cit.*

⁶³ PUNZI, *cit.*

4. *Modos y formas de resolución de las cuestiones incidentales*

El segundo aspecto que destacamos, dentro de la confusa noción de los incidentes, es el del procedimiento a seguir para la resolución de las cuestiones incidentales.

Los problemas que plantea este aspecto podemos resumirlos en cuatro: ¿deben resolverse las cuestiones incidentales antes de la cuestión principal?; ¿es necesario que suspendan el curso del proceso principal?; ¿su tramitación debe ser igual de complicada que un proceso ordinario o menos?; ¿las sentencias que los resuelven deben tener efecto de cosa juzgada?

Hemos expuesto ya las soluciones que se dan a esos problemas según el sistema estructural adoptado en el proceso, nos remitimos a ello, por tanto.

B. Fundamento

Conocer el objetivo que persigue la implantación de un incidente es esencial para determinar si produce abusos.

En nuestra opinión, las posiciones acerca de la finalidad de los incidentes deberán canalizarse, desde una doble perspectiva constitucional que nos ofrece la «cara y cruz» de los mismos: por un lado, los derechos a la jurisdicción y al proceso debido y por el otro, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La totalidad de la doctrina alemana, así como la mayoría de la iberoamericana estiman que el único fundamento de los incidentes es el de facilitar el curso del proceso principal decidiendo sobre aspectos o cuestiones que entorpezcan su desarrollo⁶⁴.

Esta finalidad encuentra su encaje, según hemos señalado, dentro de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al proceso debido.

A pesar de que en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el primero de los derechos citados ha absorbido al segundo⁶⁵, mantenemos, en un exacto entendimiento de esos derechos que los incidentes se apoyan en nuestra Carta Fundamental: por un lado, en el derecho a la tutela judicial efec-

⁶⁴ *Supra*.

⁶⁵ MORENO CATENA, *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*. Valencia, 1989, p.

tiva, que alcanza a la resolución de las cuestiones accesorias y previas al fondo planteadas en el proceso; por otro, en el derecho a un proceso debido, en el que las partes puedan introducir todas aquellas cuestiones materiales y procesales directamente conectadas con la principal, donde sea posible debatir con las máximas oportunidades y garantías esas cuestiones.

La otra perspectiva que ofrecen los incidentes en cuanto a su fundamento es la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Derecho que, como señala GIMENO⁶⁶, se proyecta frente al órgano jurisdiccional, las partes del proceso y los demás poderes del Estado. Imponiendo, en cuanto a los incidentes, la obligación en el juez de no permitir el empleo de los mismos en el proceso como instrumentos dilatorios; en las partes de utilizarlos para la finalidad que tienen, huyendo de cualquier tentación dilatoria; y en el legislador de diseñar un proceso donde los incidentes sean utilizados para su estricta finalidad, con la aplicación del principio de concentración y amplios poderes del órgano jurisdiccional.

C. *Naturaleza*

La naturaleza de los incidentes presenta tantas dificultades como los otros aspectos estudiados.

Las distintas corrientes doctrinales sobre la misma son las siguientes: es un instrumento procesal mediante el que se introducen cuestiones en un proceso pendiente (PESCATORE, MANZINI, TOLOMEI, DELOGY, FOSEHINI)⁶⁷; son crisis procesales (GUASP, GOMEZ COLOMER, ARAGONESES, DE LA OLIVA⁶⁸; encuadrable dentro de las figuras que generan un desarrollo anormal del proceso (PALACIO, PODETTI)⁶⁹; instrumento procesal para favorecer el desarrollo del proceso (toda la doctrina alemana)⁷⁰; medio de impugnación (LEONE, ALOISI)⁷¹; una particular acción (MASSARI, SABATINI)⁷².

⁶⁶ GIMENO, «El derecho es un proceso sin dilaciones indebidas como derecho constitucional: Fuentes legales», en *Problemas actuales de la Justicia*. Homenaje a Gutiérrez-Alviz. Valencia, 1988, p. 176.

⁶⁷ PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*. Torino, 1865, vol. II, p. 117; MANZINI, *Questioni pregiudiziali*, pp. 254 y ss.; TOLOMEI, *Sulla pregiudizialità nel processo penale*, p. 83; DELOGU, «La serietà della questione pregiudiziale di stato», *Ann. Dir. e Proc. Pen.*, 1939, p. 726; FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, pp. 327 y ss.

⁶⁸ ARAGONESES, *cit.*, *R.D. Proc.* 1951, p. 336; DE LA OLIVA, *cit.*, p. 560.

⁶⁹ PALACIO, *cit.*, p. 256; PODETTI, *cit.*, p. 263.

⁷⁰ SANER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*. Berlín, 1951, pp. 109 y ss.; STOK, *Strafprozessrecht*. Tübingen, 1952, p. 119.

⁷¹ LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*. Napoli, 1937; ALOISI, *Delle impugnazioni*. Milano, 1952, p. 15.

⁷² SABATINI, *voz incidenti*, en *Novissimo Digesto Italiano*, *cit.*, p. 527. También ver MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. Nápoles, 1934, p. 21.

En nuestra opinión, acertada la composición pluridimensional de los incidentes, es obvio que la misma se extiende a su naturaleza.

De esta forma, consideramos que los incidentes permiten una doble perspectiva, en la que confluyen muchas de las posiciones doctrinales anteriormente consideradas, según reflejamos en nuestro programa: la incluimos dentro del apartado de las figuras procesales que implican un desarrollo anormal del proceso (y atendiendo a que influyen en el objeto estimamos que deben encuadrarse dentro de las crisis objetivas del proceso); desde el punto de vista de su tratamiento procesal consideramos los incidentes como un verdadero proceso con todos sus elementos.

D. Clases

Son varias las perspectivas clasificatorias desde las que se pueden contemplar los incidentes:

a) Desde el punto de vista del momento procesal en que los incidentes han de fallarse, se pueden distinguir entre aquellos que se resuelven antes de sentencia frente a los que se fallan al dictarse la sentencia definitiva. Una tercera categoría la integrarían expedientes que se tramitan y fallan después de la sentencia definitiva.

b) Desde el punto de vista de los efectos que pueden originarse en cuanto a la marcha del proceso. Hay incidentes que detienen la marcha del proceso e incidentes que no suspenden la tramitación de la cuestión principal.

c) Desde el punto de vista de su denominación particular, hay incidentes que tienen una denominación legal y otros que carecen de ella, por lo que pudiera hacerse referencia a incidentes nominados e innominados.

d) Desde el punto de vista de su procedencia, los incidentes pueden ser procedentes, improcedentes y notoriamente improcedentes. Los dos primeros ameritan una tramitación. El tercero debe ser rechazado.

e) Desde el punto de vista de su objeto los incidentes pueden ser: la incompetencia, de litispendencia, de conexidad, de falta de personalidad, de nulidad de actuaciones, de acumulación, de recusación, de providencia pre-

cautoria, de falsedad de documento, de tachas, de inconformidad con lo declarado en confesional, de liquidación de sentencias, de cuentas, de excepción contra sentencia, de depósito, de ampliación o reducción de embargo, de venta y remate de los bienes secuestrados, de determinación de daños y perjuicios, de remoción del síndico, de oposición a los inventarios y avalúos en las sucesiones, de inconformidad a la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, de jurisdicción voluntaria, de venta de bienes de los hijos.

f) Desde el punto de vista de la materia, los incidentes pueden ser civiles, penales o mercantiles. En la materia civil pueden suscitarse incidentes penales como lo previene el artículo 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal⁷³.

E. Criterios de la LEC

Los artículos 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan dos criterios de clasificación de las cuestiones incidentales:

1) Según que la tramitación para resolver la cuestión sea previa o simultánea se distingue entre:

a) Cuestiones incidentales de tramitación previa y suspensiva.

b) Cuestiones de tramitación simultánea.

2) Según esté o no prevista tramitación específica para las cuestiones incidentales:

a) Cuestiones incidentales que no tienen tramitación específica (arts. 741 y ss.).

b) Cuestiones incidentales que tienen señalada una tramitación específica en la LEC: inhibitoria (arts. 62 y ss. LEC), acumulación de autos (arts. 160 y ss. LEC), recusación (arts. 188 y ss. LEC) etc.

⁷³ *Supra* nota 54.

V. LOS INCIDENTES EN EL PROCESO CIVIL DECLARATIVO ESPAÑOL. LA SUPRESIÓN POR LA NOVELA 34/84 DEL LLAMADO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Al examinar la codificación procesal dimos ya cuenta de cómo se perfilan los incidentes en la LEC de 1881. Es el modelo a seguir para resolver las cuestiones incidentales en los procesos civiles continuadores, en cierta medida, de los viejos principios del proceso común⁷⁴.

Sus caracteres, siguiendo a VÉSCOVI, son dos: se distingue entre incidentes nominados (con un procedimiento especial) y los innominados (que son sustanciados por un procedimiento común); dicho procedimiento es similar al del juicio sumario, consiste en demanda, contestación, prueba, vista y sentencia.

No es posible detenernos ahora en todos los aspectos de la regulación legal⁷⁵. El punto que sí es obligado examinar, al ser muy debatido, es el de la supresión del incidente de nulidad de actuaciones por la Ley 34/84, al dar una nueva redacción al artículo 754 LEC.

El objetivo del legislador, según expresa en la Exposición de Motivos, era limitar los incidentes llevando parte de su contenido a los recursos.

Antes de nada, como primera premisa, conviene dejar claro que la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, tanto desde el punto de vista legal como práctico, era con anterioridad a la reforma sumamente deficiente y elemento continuo de abusos; como explica, acertadamente, MORÓN⁷⁶.

Nada de ello ha impedido una avalancha de críticas contra la reforma, como las de SERRA, DE LA OLIVA, GÓMEZ COLOMER, invocando las siguientes razones⁷⁷: la implantación del incidente de nulidad de actuaciones supuso un gran avance en el camino para suprimir las dilaciones en el proceso; se deja una laguna legal al no tener determinadas nulidades ningún camino procesal para su denuncia y resolución; supone una clara disminución de las garantías de los justiciables.

⁷⁴ *Supra*.

⁷⁵ Vid. GUASP, *Comentarios, op. cit.*; RAMOS, *op. cit.*, p. 810; GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 621; DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 563.

⁷⁶ MORÓN PALOMINO, *La nulidad en el proceso civil español*. Barcelona, 1957, p. 20.

⁷⁷ SERRA, *Comentarios a la reforma*, p. 626; GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 620; DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 564.

Entre las escasas opiniones a favor destaca la de ALMAGRO, afirmando que en una buena ordenación de las nulidades procesales no se exige de suyo la necesidad de promover un incidente⁷⁸.

Las consecuencias de la reforma que más llaman la atención son dos: limitación de los incidentes a las cuestiones materiales (dado que la mayoría de los incidentes) se planteaban por cuestiones procesales los que denominamos ordenarios, a diferencia de los especiales se han convertido en una especie poco habitual en la práctica); búsqueda desmedida de nuevas vías para denunciar y apreciar la nulidad de actuaciones (a partir de la entrada en vigor de la reforma de 1984 se ha empezado a ensayar todo tipo de caminos procesales para denunciar la nulidad de actuaciones, incurriéndose reiteradamente en extralimitaciones; como por ejemplo utilizar un proceso ordinario...).

Circunstancias que han llegado a forzar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a plantear una cuestión de inconstitucionalidad al pleno, en relación con el apartado 2 del artículo 240 LOPJ; al disponer que «el juez o Tribunal podrá de oficio antes que hubiere recaído sentencia... declarar la nulidad de actuaciones».

Dicha cuestión fue resuelta por la sentencia de 15 de noviembre de 1990; en la que el TC declara que el precepto citado se ajusta a la CE.

Después de examinar todas las vías de invalidación de los vicios de nulidad en el proceso (recursos ordinarios; declaración de oficio; y los demás medios previstos en las leyes) estima que dicho precepto no contradice el artículo 24.1 de la CE.

Lo que sí reconoce el TC es la existencia de un insuficiente «desarrollo legislativo del artículo 53.2 CE al no posibilitar mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales la corrección de esas vulneraciones, convierte como antes decimos al de amparo constitucional en un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme»⁷⁹.

Nosotros nos manifestamos a favor de la reforma de la Ley 34/84, pero sin que con ello digamos que es buena. Debe tenerse en cuenta que para modificar con ciertas garantías los incidentes es necesario un nuevo marco estructural del proceso. Mientras eso no ocurra intentar poner parches en una anticuada Ley, y pretender que éstos funcionen a pleno rendimiento es una labor imposible.

⁷⁸ ALMAGRO, *Derecho Procesal*. Valencia, 1990, t. I, vol. I, pp. 515-516.

⁷⁹ STC de 15 de noviembre de 1990.

El legislador, dadas las deficientes condiciones que ofrece la estructura del proceso civil español vigente, sólo tenía dos caminos: primero, modificar algunos preceptos y esperar que los órganos jurisdiccionales cambien su criterio y las partes decidan actuar sin intenciones dilatorias; segundo, suprimir definitivamente los incidentes erradicando todo tipo de abusos.

Al final, se decidió por la segunda, a nuestro juicio, la menos mala.

VI. PRESENTE Y FUTURO DE LOS INCIDENTES EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL (CONCLUSIONES)

A. *Consecuencias de la reforma 34/84*

1. *Limitación de los incidentes a cuestiones materiales*

El título de este epígrafe constituye una conclusión unánime a la que ha llegado la mayoría de la doctrina.

La supresión del incidente de nulidad de actuaciones ha originado que en el momento actual no sea posible plantear cuestiones incidentales sobre aspectos del procedimiento. En consecuencia, los procedimientos incidentales se han convertido, desde el punto de vista práctico, en una especie poco habitual.

Debe tenerse en cuenta que el sector doctrinal señalado se está refiriendo a las cuestiones incidentales que no tienen una tramitación específica; las que sí la tienen —muchas se refieren a aspectos procesales— se siguen manteniendo.

Entre los autores que así se pronuncian están SERRA⁸⁰ y ALMAGRO⁸¹.

2. *Otras vías para denunciar y apreciar la nulidad de actuaciones*

Las voces que se han levantado en contra de la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, invocando supuestos de indefensión, hacen necesario que nos fijemos en otros caminos procesales.

⁸⁰ SERRA, *Comentarios a la ley de Reforma*, op. cit., pp. 632-633.

⁸¹ ALMAGRO, *Derecho Procesal*, op. cit., pp. 508-509.

SERRA desarrolla una exhaustiva lista de esas posibilidades:

- a) La comparecencia saneadora del juicio de menor cuantía previsto en el artículo 695 para «subsanan o corregir» los defectos procesales.
- b) El recurso de nulidad anómalamente previsto en el artículo 693.1.º contra el auto declarando la pertinencia del juicio de menor cuantía, después de haberlo suprimido en el antiguo artículo 495, que al admitir un recurso de apelación en ambos efectos provoca una nueva dilación procesal injustificable.
- c) Las excepciones dilatorias de los artículos 532 y siguientes.
- d) La denuncia del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio del artículo 859, que se tramita precisamente por el trámite de los incidentes.
- e) Las causas de nulidad 3.ª y 4.ª, del artículo 1467 y las 7.ª y 11 del artículo 1464.
- f) Los motivos de casación 1.º, 2.º y submotivo relativo a la infracción de las normas y garantías procesales del motivo 3.º, todos ellos del artículo 1692.
- g) La protesta formal prevista en los artículos 58 y 61 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 que regula el juicio de cognición.

3. La audiencia saneadora del juicio de menor cuantía

Una de las novedades más importantes, introducidas por la novela 34/84, es la denominada comparecencia obligatoria, semejante a la audiencia preliminar contemplada en otros ordenamientos procesales. Recordemos que la doctrina la considera un instrumento procesal eficaz frente a la proliferación de cuestiones incidentales.

Entre los objetos que concentra la comparecencia obligatoria destacan, por lo que aquí nos interesan, dos: 1) inadecuación de procedimiento, 2) subsanación de defectos.

4. Reforzamiento de los poderes del órgano jurisdiccional

Reiteradamente, según hemos visto, la doctrina viene señalando que el aspecto enunciado constituye una de las claves para un eficaz enfoque de los incidentes.

La LOPJ reafirma ese poder jurisdiccional en su artículo 11.2 («los juzgados y tribunales rechazarán fundamentalmente los... incidentes... que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»). «Deben, además, tenerse en cuenta las reglas sobre nulidad de los actos judiciales de la LOPJ. Especialmente los poderes que tiene el órgano jurisdiccional, previa audiencia de las partes, para declarar la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular, antes de que hubiere recaído sentencia firme siempre que no proceda la subsanación (arts. 238 a 243)»⁸².

B. Nuestra valoración

Insistimos de nuevo en el planteamiento ya expuesto.

El primer problema que presentan los incidentes en nuestro país es el del contexto en que se mueven. Al estar muy unidos a la estructura del proceso todos los fallos de ésta repercuten en los mismos.

¿Y cómo es en la actualidad nuestro proceso civil? Nadie hoy puede discutir que el enjuiciamiento civil español vigente es por estructura y configuración totalmente ineficaz para los fines que debe perseguir:

- 1) Está fuera de época, es anticuado, se mantiene sólo por la inercia histórica.
- 2) La inconexión y falta de coherencia es la nota predominante en el mismo. Con el paso de los años y con las reformas parciales su estructura y función han perdido toda racionalidad.

En las Jornadas de febrero de 1990, en las que tuvimos el honor de participar en calidad de relator, se llegó a una conclusión evidente: nuestra ley no admite un parche más.

⁸² ALMAGRO, *op. cit.*, p. 516.

Pretender, dentro de este contexto grandes efectos en una reforma parcial es pedir milagros.

En consecuencia, la reforma para nosotros es aceptable, teniendo en cuenta las circunstancias.

Los incidentes al igual que todo el enjuiciamiento civil está necesitado de una gran reforma, pues como dice ALMAGRO, «la utilidad de los (mismos), aunque disminuida y, desde luego, innecesaria en sus planteamientos actuales, cara a un proceso declarativo futuro en el que predominen los principios de inmediación, oralidad y concentración, no es del todo desdeñable, pues pueden presentarse supuestos de derecho material de naturaleza incidental»⁸³.

Una figura procesal tan sensible a la estructura del proceso, como los incidentes, no funcionará bien hasta que no se aborde la gran reforma procesal; como fijó GIMENO en las Jornadas sobre la reforma procesal, ya no caben modificaciones por zonas.

C. Perspectivas de futuro

Las perspectivas de futuro de la regulación de los incidentes en nuestro país pasan, como hemos venido reiteradamente exponiendo, por los condicionamientos estructurales del proceso civil en general.

Si nuestro legislador decide mantener un procedimiento civil predominantemente escrito, como el que tenemos ahora, nuestras propuestas de reforma en general, son las siguientes: restringir al máximo los incidentes, tanto los comunes como los especiales en la regulación de los procesos (dejando únicamente aquellos que tengan una finalidad clara); establecer audiencias saneadoras o preliminares como la contemplada para el juicio de menor cuantía; exigir en todo lo posible el planteamiento conjunto de los incidentes; reforzamiento de los poderes del juez lo más posible, especialmente en la admisión de los incidentes (línea que apunta ya la LOPJ en su artículo 11.2 al establecer que los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente los... incidentes... que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal); que el efecto suspensivo se convierta en excepcional; tender a que el procedimiento del incidente sea lo más breve posible; no otorgar nunca el efecto de cosa juzgada a las decisiones resolutorias de cuestiones incidentales; que el recurso contra la decisión final no tenga nunca efecto suspensivo.

⁸³ ALMAGRO, *op. cit.*, p. 516.

En cuanto a las reformas específicas de nuestra vigente Ley, consideramos que el legislador de 1984 perdió a nuestro juicio la ocasión de: aumentar los poderes del juez permitiéndole decidir si se tramitaba o no el incidente en pieza separada, cuando observase fines dilatorios; hacer todo el procedimiento oral o suprimir la vista que ahora se contempla, porque en la práctica su única ventaja es ampliar los efectos dilatorios del incidente; regular la condena en costas del incidente aplicando el principio del vencimiento, con la finalidad de evitar abusos.

En el hipotético supuesto de que el legislador se decida por un modelo de proceso civil oral deberán tenerse en cuenta las fórmulas alemana y austríaca, así como las bases y anteproyecto del código procesal civil modelo para Iberoamérica.