

EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES EX ARTÍCULO 241 LOPJ: UNA MALA SOLUCIÓN PARA UN GRAN PROBLEMA

Marien AGUILERA MORALES

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La última reforma de la LOTC supuso un cambio en el sistema de protección de los derechos fundamentales. El cambio alcanzó al incidente de nulidad de actuaciones, en la idea de que éste podía ser un cauce eficaz para reforzar la tutela de los derechos fundamentales. Los términos en que se gestó la reforma y la aplicación que de este incidente se hace en la práctica revelan, por el contrario, que éste resulta ineficaz para alcanzar la finalidad con la que fue concebido.

PALABRAS CLAVE: reforma de la LOTC; derechos fundamentales; incidente de nulidad de actuaciones.

ABSTRACT: The last reform of the Constitutional Procedure changed the system for the protection of fundamental rights. The motion for annulment of proceedings was also amended, because the legislator thought that the change could be an effective way to strengthen the protection of fundamental rights. On the other hand, the new regulation and the application of this motion in practice reveal that is not effective in achieving the purpose for which it was designed.

KEYWORDS: reform of the Constitutional Procedure; fundamental rights; motion for annulment of proceedings.

SUMARIO: 1. La protección de los derechos fundamentales tras la LO 6/2007, de 24 de mayo. – 2. ¿Sirve el incidente de nulidad de actuaciones como cauce de amparo de derechos fundamentales sustantivos? – 3. La renuente actitud de los tribunales ordinarios hacia el incidente de nulidad de actuaciones. – 4. La tramitación del incidente: lectura constitucional. – 5. Dos extremos del artículo 241 LOPJ disonantes con su significación: la competencia funcional para conocer del incidente y la actuación del Ministerio Fiscal en su tramitación. – 6. Conclusión.

1. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TRÁS LA LO 6/2007, DE 24 DE MAYO

Pasado más de un lustro desde la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo, que modificó la LO 2/1979, de 3 de octubre, del *Tribunal Constitucional*, es momento de hacer balance y comprobar si los objetivos que en su día la animaron pueden decirse alcanzados en la práctica.

Como es sabido y en su momento reconoció la Exposición de Motivos de aquella Ley, el objetivo que alentó la reforma fue superar las dificultades de funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional. Su propósito principal era, más claramente, frenar el constante incremento de asuntos que ingresaban en este tribunal y acelerar el ritmo con que discurrían los procedimientos seguidos ante él. En concreto, urgía reducir el número de demandas de amparo y la duración del procedimiento previsto para su tramitación; circunstancias ambas a las que obedecía, en muy buena parte y desde hace tiempo, el estado de congestión en que se veía inmerso el Tribunal Constitucional.

Las medidas ideadas para salir de esa crítica situación fueron, en lo que aquí interesa, dos: una nueva configuración del incidente de nulidad de actuaciones *ex* artículo 241 LOPJ; y una igualmente novedosa configuración del recurso de amparo y, en particular, de su trámite de admisión.

Ambas medidas revelaban bien a las claras la necesidad de potenciar el carácter subsidiario del amparo constitucional con vistas a frenar el ingente volumen de asuntos al que el Tribunal Constitucional debía hacer frente. En aras a lograr “que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional” fuera “realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria”¹, el legislador consideró imprescindible, en efecto, actuar desde dos ámbitos: desde el ámbito de la jurisdicción ordinaria y desde el ámbito propio de la jurisdicción constitucional.

Desde el ámbito de la jurisdicción ordinaria, el propósito de reforzar el carácter subsidiario del amparo constitucional se apoyó, como decimos, en el incidente de nulidad de actuaciones: un medio de impugnación de resoluciones firmes² que, por aquel entonces, contaba con diez años de antigüedad. Así, aun cuando existe cierto consenso en remontar los orígenes de este expediente al procedimiento incidental previsto en la inicial redacción de la Ley

¹ Las entrecomilladas son palabras de la Exposición de Motivos de la LO 6/2007, 24 de mayo.

² Más allá de reconocer en el incidente una vía de impugnación de resoluciones firmes, la doctrina se encuentra dividida en torno a la naturaleza jurídica que cabe predicar de este expediente procesal. Para unos autores —la mayoría—, pese a lo que su nombre da a entender, no nos encontramos ante un incidente *stricto sensu*, sino ante un proceso nuevo y autónomo en que se ejercita una acción de nulidad respecto de todas o algunas de las actuaciones de un proceso anterior. Para otros autores, en cambio, estamos en presencia de un verdadero incidente, que presenta —eso sí— la peculiaridad de promoverse una vez terminado el proceso y cuya eficacia es reabrir este último al objeto de que se declare la nulidad de actuaciones practicadas en él.

de Enjuiciamiento Civil de 1881, su antecedente más próximo se sitúa en la LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ³. Por mor de esta última Ley, en efecto, el entonces artículo 240 LOPJ vino a proporcionar cobertura legal a un incidente *post sententiam*, que ya por aquel momento se configuró como excepcional y que fue concebido con el limitado propósito de “declarar la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que éstas no sean susceptible de recurso en el que reparar la indefensión sufrida⁴”. Pues bien, sobre esta base, la Disposición Final 1^a de la LO 6/2007 modificó la regulación del incidente, permitiendo éste en cualquier caso de vulneración de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 CE. La configuración en términos tan amplios del incidente constituía una evidente manifestación de que la LO 6/2007 —lo diremos nuevamente con palabras de su Exposición de Motivos— quiso residenciar en los tribunales ordinarios “el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”. Para el Tribunal Constitucional, el legislador reservó, sin embargo, una función distinta.

Esto último nos sitúa ante la segunda de las medidas legislativas a la que líneas arriba nos referíamos: la nueva configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. En términos generales, esta nueva configuración se apoyó en un requisito añadido a los hasta entonces exigidos para admitir el recurso de amparo: la alegación y acreditación, por parte del recurrente (art. 49.1. *i.f.* LOTC), de que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su “*especial trascendencia constitucional*, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación

³ Respecto de los orígenes del incidente de nulidad de actuaciones en nuestro ordenamiento jurídico y las sucesivas reformas legislativas en la materia pueden verse los trabajos de LOURIDO RICO, A. M.^a, *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, Granada, 2004, 2.^a ed., pp. 197-218; y PEREIRA PUIGVERT, S., *La ineficacia de los actos procesales*, Barcelona, 2011, pp. 17-55.

⁴ Esta regulación se mantuvo en lo básico hasta la reforma operada por la LO 6/2007, si bien, en el ínterin, la LO 13/1999, de 14 de mayo, modificó algunos extremos, como el relativo a la legitimación activa para promover el incidente (que, además de a las partes legítimas del proceso, se reconoció a quienes “hubieren debido serlo”) o a la improcedencia de interponer recurso alguno frente a la resolución que le pusiera fin.

También la redacción inicial de la LEC de 2000 acogió en su articulado el incidente de nulidad de actuaciones, si bien con un ámbito de actuación más estrecho. Su aplicación se limitaba a las situaciones generadoras de indefensión *post sententiam*, sin comprender, por tanto, los supuestos de incongruencia del fallo (art. 228). Esta regulación, sin embargo, no llegó a entrar en vigor; toda vez que la Disposición Final 17^a de la propia LEC declaró la suspensión de los preceptos relativos a la nulidad de actuaciones (entre ellos, el art. 228) hasta en tanto no se reformara la LOPJ en esta materia. La cuestión que cabe plantearse es si, tras las reformas operadas desde entonces en la LOPJ, cabe continuar sosteniendo la falta de vigencia del artículo 228 LEC sobre todo, cuando la actual redacción de este último precepto —fruto, a su vez, de la reforma operada en la LEC por mor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre—, se corresponde prácticamente en su integridad con la del artículo 241 LOPJ. Personalmente, nos inclinamos por la negativa.

del contenido y alcance de los derechos fundamentales⁵ [art. 50.1 b) LOTC]. De entre las posibles soluciones propuestas para hacer frente a la sobreesaturación del Tribunal Constitucional⁶, el legislador acabó inclinándose así por la consistente en la objetivización del amparo. Y es que, en tanto para ser admitido a trámite, se exige del recurso aquella “especial trascendencia”, salta a la vista que la función reservada para el Tribunal Constitucional o para el amparo mismo ya no es —no primordialmente, al menos— preservar o proteger los derechos fundamentales del justiciable que lo promueve, sino, más propiamente, que con su decisión pueda darse satisfacción a alguno de los propósitos —que son objetivos o generales— mencionados en el artículo 50.1. b) LOTC (*i.e.*: contribuir a la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales⁷). Sin “especial trascendencia constitucional”, por tanto, las lesiones de derechos fundamentales no pueden ser reparadas por el Tribunal Constitucional; y esto es algo que también redundaba en la función que, en materia de protección de derechos y libertades fundamentales, pretendió el legislador de 2007 de nuestros tribunales ordinarios. Lo diremos de otra forma: en tanto la introducción de la “especial trascendencia constitucional” supuso la objetivización del recurso de amparo y, por lo mismo, la pérdida de su condición como último recurso para la protección subjetiva de los derechos fundamentales, esta última dimensión se residenció en los tribunales ordinarios, eligiéndose el incidente de nulidad de actuaciones como cauce adecuado para reforzar la tutela de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria.

Cuanto aquí va dicho avala la idea de que, en el propósito de descargar de trabajo al Tribunal Constitucional, la LO 6/2007 supuso un cambio esencial en el modelo de protección de los derechos fundamentales en nuestro país. El cambio radicó en el establecimiento de dos circuitos diferentes —y coexistentes— de protección: el de protección subjetiva de los derechos fundamentales, encomendado fundamentalmente a los tribunales ordinarios; y el de

⁵ Como es de general conocimiento, el significado de estos propósitos ha ido concretándose por el propio Tribunal Constitucional, desde que, en su muy comentada STC 155/2009, de 29 de junio (FJ 2), estableciera un elenco no cerrado de supuestos a los que se anuda esa especial trascendencia constitucional.

⁶ Sobre estas otras posibles soluciones o propuestas pueden verse, entre otros, los trabajos de CARMONA CUENCA, E., *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 2005, pp. 99 a 126; y CABAÑAS GARCÍA, J. C., “El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, enero-abril (2010), pp. 40 a 42.

⁷ Dicho en terminología procesalista, aunque no propia: “lo que inicialmente (desde 1978) miraba clara y directamente al *ius litigatoris*, a la satisfacción del recurrente si su pretensión fuese fundada y no hubiese sido antes satisfecha, pasa a estar inequívocamente enderezado al cumplimiento de una suerte de función predominantemente declarativo-doctrinal y nomofiláctica, que, si acaso, permitirá indirecta y ocasionalmente, cuando la demanda de amparo se estime, declarar y reparar la violación de libertades y derechos fundamentales”. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., “La perversión jurídica del amparo constitucional en España” (accesible a través del enlace: <http://document-andresdelaoliva.blogspot.com.es/2011/01/la-perversion-juridica-del-amparo.html>).

protección objetiva de los derechos fundamentales, encomendado al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo⁸.

Pues bien, sobre esta idea, es claro que hacer descansar el éxito o fracaso de la reforma en el número de asuntos que ingresan, hoy día, en el Tribunal Constitucional supondría adoptar una visión muy pobre y simplista de las cosas. Hacer balance de la situación —pensamos— exige ir mucho más allá. Requiere analizar si, a día de hoy, los tribunales ordinarios vienen asumiendo realmente la función que se les ha confiado en materia de protección de derechos y libertades fundamentales y si el incidente de nulidad de actuaciones viene siendo un cauce eficaz y útil en este sentido. El título elegido para este trabajo trasluce bien a las claras cuál es la respuesta. Las próximas páginas ilustrarán del porqué⁹. Con todo, vaya por delante que los motivos por los que el incidente se ha revelado como un instrumento ineficaz para reforzar la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción ordinaria han sido dos: el propio tenor del artículo 241 LOPJ y la interpretación y aplicación que de este precepto vienen haciendo nuestros tribunales.

2. ¿SIRVE EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES COMO CAUCE DE AMPARO DE DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS?

Conforme venimos diciendo, movido por el propósito de aumentar las facultades de los tribunales ordinarios en la protección de los derechos y libertades fundamentales, el legislador de 2007 reformó el incidente de nulidad de actuaciones, erigiendo este expediente procesal en cauce para obtener la tutela de cualquiera de aquellos derechos y recalcando, a la vez, su condición de vía previa al amparo constitucional.

⁸ Cfr. GARCÍA COUSO, S., “El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivización del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la Jurisdicción ordinaria y el TEDH”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 15, Primer semestre 2010, pp. 137 a 169. También de la misma autora, “El recurso de amparo constitucional objetivo”, en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Homenaje a Antonio Torres del Moral* (AAVV), Madrid, 2012, pp. 1557 a 1561.

⁹ Cierta lectura de las estadísticas oficiales también permite corroborar este diagnóstico. Las correspondientes al Tribunal Constitucional posteriores a la entrada en vigor de la LO 6/2007 revelan que, desde 2010, existe una tendencia a la baja en lo que atañe al número de recursos de amparo de nuevo ingreso. Es más: según la última Memoria del Tribunal Constitucional publicada —la relativa a 2011—, en esta anualidad se presentaron ante el Tribunal Constitucional 7.098 recursos de amparo, esto es, 1.849 recursos menos que en 2010, lo que representa un llamativo descenso del más del veinte por ciento. Paradójicamente, este estado de cosas no se corresponde con el que era de esperar en el conjunto de la jurisdicción ordinaria; ámbito respecto del cual, lo que revelan las estadísticas no es ya sólo que, desde la reforma, no se ha incrementado el número de incidentes de nulidad de actuaciones presentados, sino que, por el contrario, éste se ha mantenido inalterado e incluso ha descendido. Así, según las Memorias anuales del CGPJ, en el año 2008 se promovieron 5.582 incidentes de nulidad de actuaciones, número que descendió a 4.838 y 4.877 en las dos anualidades siguientes y que alcanzó a 5.080 en el año 2011.

Por lo que hace a lo primero, dicho está que la reforma de 2007 amplió extraordinariamente el ámbito material del incidente, de modo que, de los dos iniciales motivos que originariamente permitían fundarlo (*i.e.*: la existencia de defectos de forma causantes de indefensión y la incongruencia del fallo), pasó a permitirse con base en cualquier derecho o libertad de los mencionados en el artículo 53.2 CE. La ampliación se operó por la vía de dotar de una nueva redacción al apartado 1 del artículo 241 de la LOPJ, cuyo tenor pasó a ser el siguiente: “1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones *fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

Aunque de forma más indirecta, el legislador también reforzó la condición del incidente como vía judicial previa al amparo, al exigir, como requisito para la admisión de este último, el agotamiento de “todos los *medios de impugnación* previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial” [art. 44.1 a) LOTC]. La nueva alusión a los “medios de impugnación” en vez de a los recursos — como rezaba la redacción original del artículo— ponía el acento en que, para acudir al amparo constitucional, *puede* resultar necesario la correcta y tempestiva utilización de algunos expedientes procesales de los que no cabe predicar en sentido propio la denominación de recurso, como significadamente ocurre con el incidente de nulidad de actuaciones. Y escribimos “*puede*” porque, en contra de lo mantenido por cierto sector doctrinal, no creemos que el incidente de nulidad de actuaciones resulte *siempre y en todo caso* preceptivo para flanquear el acceso al amparo¹⁰. Antes bien: a nuestro juicio, el hecho de que la nueva redacción del artículo 241.1 LOPJ conserve inalteradas la excepcionalidad y subsidiariedad características de este expediente, unido al *iter* seguido en su tramitación parlamentaria¹¹, avalan la tesis de que el incidente es tan solo uno de los posibles cauces para agotar la vía judicial previa al amparo constitucional. Respecto

¹⁰ Tal parece ser la opinión de GUY MORI, T., en tanto califica el incidente de “un obligado recurso de amparo judicial”; y de DOIG DIAZ, Y., para quien el incidente es “un cauce que agotar en la tramitación del recurso de amparo”. Cfr., respectivamente, “La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Profunda reforma del recurso de amparo y de la nulidad de actuaciones”, *Diario La Ley*, núm. 6791, 2 de octubre de 2007, p. 9; y “Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOPJ”, *Diario La Ley*, núm. 6889, 22 de febrero de 2008, pp. 9 y 10.

¹¹ En este sentido, nos sumamos a la opinión de CHOZAS ALONSO, a cuyo juicio de haberse querido convertir el incidente en un preceptivo expediente procesal previo al amparo, no se hubiera rechazado en el Congreso la enmienda n° 79, presentada por el Grupo Popular frente a la Disposición Final 1ª del Proyecto de Reforma de la LOTC, en que precisamente se postulaba la conveniencia de recoger explícitamente la necesidad de agotar este incidente para acudir en amparo ante el TC. Cfr. “La expansión del incidente de nulidad de actuaciones por motivos procesales. A propósito de la STC 43/2010, de 26 de julio”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, enero-diciembre 2011, pp. 340 y 341, nota 41.

de la pregunta consistente en cuál es el procedimiento que agota la vía judicial ordinaria no pueden darse, por tanto, soluciones generalmente válidas: en unos casos, bastará con hacer uso de los recursos ordinarios o extraordinarios que nuestro ordenamiento pone en mano de los justiciables; en otros, en cambio, resultará necesario acudir a otros medios previstos en nuestro ordenamiento, como la aclaración y complemento de resoluciones procesales (art. 267 LOPJ y arts. 214 y 215 LEC), el incidente de nulidad de actuaciones *ex* artículo 241 LOPJ e incluso, si concurren los requisitos previstos para su interposición, a los denominados procesos de impugnación o vías de rescisión de resoluciones firmes, como la audiencia al rebelde o la revisión.

Cuanto hasta aquí va expuesto nos sitúa ante una de las más enjundiosas cuestiones que el renovado incidente de nulidad de actuaciones plantea en la práctica. La cuestión tiene que ver con su ámbito material de aplicación y con su exigibilidad para venir en amparo ante el Tribunal Constitucional. En concreto, se plantea la duda de si, pese a la literalidad del artículo 241.1 LOPJ, este expediente procesal constituye un cauce adecuado para reparar en vía ordinaria las lesiones de cualquiera de los derechos y libertades mencionados en el artículo 53.2 CE y, en particular, de los que, entre éstos, tienen naturaleza sustantiva.

Lo dudoso de la cuestión cobra sentido si se parte de la circunstancia de que las violaciones de derechos fundamentales de esta naturaleza se producen en su mayoría por particulares u órganos administrativos y son objeto, en nuestro ordenamiento, de procedimientos o recursos *ad hoc*¹². Esto sentado, que la totalidad de este tipo de derechos fundamentales pueda articularse a través del incidente debe ponerse, en efecto, en tela de juicio, ya que, según el artículo 241.1 *i. f.* LOPJ, este expediente sólo resulta procedente cuando la lesión “no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

La mayoría de nuestros tribunales, con el Tribunal Supremo a la cabeza, suelen venir inadmitiendo (o desestimando) los incidentes fundados en el menoscabo de un derecho fundamental sustantivo con base, precisamente, en que, durante el proceso, se ha tenido ocasión de discutir sobre la vulneración del derecho fundamental en cuestión.

El Auto del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011, bien puede servir para ilustrar esta exégesis. En él, la Sala Primera en Pleno desestimó la pretensión de nulidad instada por el Ministerio Fiscal —promotor del incidente

¹² Así sucede, a título de ejemplo, con las demandas que pretenden la tutela judicial civil de derechos fundamentales, para las que se prevé como procedente el juicio ordinario (art. 249.1. 2º LEC), con la salvedad de las referentes al derecho de rectificación, que se tramitan por el juicio verbal (art. 250.1. 9º LEC); con las pretensiones de tutela del derecho a la libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades, que se encauzan a través del procedimiento especial previsto en los artículos 177 y ss. LRJS; o con los recursos frente a actos y disposiciones administrativos pretendidamente vulneradores de un derecho fundamental o libertad pública, respecto de los que resulta de aplicación el procedimiento especial de los artículos 114 y ss. LRJCA.

y parte en el proceso civil *ex* artículo 249.1.2º LEC—, que fundó en la consideración de que la sentencia dictada en casación había vulnerado, entre otros, el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) de quienes fueron demandantes en la instancia. La desestimación se justificó sobre la idea de que el artículo 241 LOPJ “no crea un amparo constitucional atribuyendo su competencia al órgano jurisdiccional”. Dicho en positivo: a juicio del Tribunal Supremo, el artículo 241 LOPJ permite declarar la nulidad fundada en la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 CE, pero con la salvedad de que la lesión no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario, lo que significa que si en el proceso se ha denunciado, discutido y resuelto sobre un derecho fundamental sustantivo (como fue el caso del derecho a la integridad física y moral), no cabe volver a plantear en el incidente de nulidad el mismo derecho fundamental, pues ello equivaldría a “volver sobre lo mismo”.

Con ser mayoritaria, la expuesta no es empero la única interpretación mantenida en relación con esta clase de derechos fundamentales. Antes bien, el tenor literal del artículo 241.1 LOPJ también ha llevado a sostener que las lesiones que flanquean el acceso al incidente en relación con tales derechos son, por analogía con el amparo constitucional, las causadas directa e inmediatamente por el órgano jurisdiccional, con lo que la circunstancia de que el proceso subyacente haya versado sobre pretendidas lesiones de derechos sustantivos atribuibles en origen a órganos administrativos o a particulares en nada obsta a la posibilidad de hacer uso de este expediente. Como a nadie escapa, esta otra lectura parece más coherente que la alternativa con la nueva función asignada al incidente. Cuenta, además, con el refrendo de alguna resolución del Tribunal Constitucional, en que explícitamente se mantiene que la lesión delimitadora de la viabilidad del incidente es una lesión imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión de un órgano jurisdiccional; o, más exactamente: una lesión producida *ex novo* en una resolución judicial no susceptible de recurso ordinario o extraordinario¹³. Esto, con todo, no debe tomarse en el sentido de entender que el Tribunal Constitucional acoja sin ambages esta exégesis. No es así. En materia de protección de derechos fundamentales sustantivos se aprecian, por el contrario, dos posiciones enfrentadas que trascienden a las resoluciones del Tribunal Constitucional. Así,

¹³ Cfr. ATC 200/2010, de 21 de diciembre. A través de esta resolución se inadmitió un recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa, al entenderse que la recurrente debería de haber promovido el incidente de nulidad de actuaciones en aras a intentar por esta vía la reparación de su derecho a la libertad de expresión. La lesión de este derecho —se defiende en este sentido— tuvo su origen directo e inmediato en la Sentencia que puso fin al recurso de casación, en tanto el Tribunal Supremo cambió de criterio respecto de lo que, sobre los derechos fundamentales en liza (la libertad de expresión y el derecho al honor) resolvieron los tribunales civiles en primera y segunda instancia. Debió acudir, por ello, al incidente de nulidad de actuaciones, al que no cabe ver como una nueva instancia o una vía para “volver sobre lo mismo”, pues “lo que se pide en estos casos al órgano judicial autor de la resolución cuestionada, es que examine y resuelva sobre la vulneración del derecho fundamental que se achaca a esta última (no a ninguna otra resolución), a la luz de los concretos razonamientos contenidos en sostén de la decisión adoptada”.

mientras algunas de esas resoluciones defienden, como decimos, la idoneidad del incidente como vía de amparo ordinario para la protección de esta clase de derechos fundamentales, otras parecen cuestionar tal idoneidad, al avalar, implícita o explícitamente, aquella otra lectura sostenida mayoritariamente por nuestros tribunales ordinarios¹⁴.

Hablando ya en primera persona, reconocemos sentirnos más cerca de la forma con que nuestros tribunales ordinarios vienen resolviendo esta cuestión¹⁵. La solución contraria parece, ciertamente, una solución más afín con el nuevo reparto de papeles querido por el legislador en aras a la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, desconoce que la excepcionalidad y subsidiariedad siguen siendo notas características del incidente de nulidad de actuaciones y, por lo mismo, que su regulación no es susceptible de interpretaciones extensivas.

En cualquier caso, se comparta o no nuestra opinión, en lo que se coincidirá con nosotros es en que esta diversidad de interpretaciones comporta una indeseable dosis de inseguridad en torno a la vía a que debe recurrirse para lograr la reparación del derecho fundamental sustantivo que se dice lesionado. Y, lo que aún es más grave: el peligro de que esta clase de derechos queden huérfanos de tutela, lo que bien puede suceder si el justiciable rehúye promover el incidente de nulidad de actuaciones en la convicción de que éste será inadmitido o desestimado por los tribunales ordinarios (pues, en tal caso, cabe que el amparo también sea rechazado por el Tribunal Constitucional en la consideración de que es prematuro); y lo que igualmente puede suceder si el justiciable promueve el incidente (pues, en tal caso, es posible que el amparo sea rechazado por extemporáneo, en la consideración de que se utilizó un “recurso manifiestamente improcedente”). Éste que apuntamos no es riesgo, por lo demás, que pueda soslayarse por la vía de simultanear el

¹⁴ Tal es el caso de la STC 12/2012, de 30 de enero, en que la Sala Primera omite hacer referencia al hecho de que el Tribunal Supremo hubiera declarado no haber lugar al incidente de nulidad de actuaciones con fundamento en que éste fue promovido con base en la infracción del derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20. 1 d) CE] y considerar que ésta era cuestión ya venía debatiéndose desde la instancia. Y tal es el caso también de las SSTC 17/2012 y 23/2012, de 13 y 27 de febrero respectivamente, que trajeron causa de los mismos hechos, y en que la Sala Primera desestimó los amparos por extemporáneos en la consideración —esta vez, explícita— de que la promoción del incidente había resultado improcedente habida cuenta que la lesión los derechos fundamentales invocados (el derecho a la libertad de información, en relación con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) había sido cuestión ya debatida en la primera instancia y en la apelación. La misma decisión e idéntico fundamento son utilizados en la STC 200/2012, de 12 de noviembre, para inadmitir un recurso de amparo inculcinado en el artículo 43 LOTC y fundado en la vulneración del principio de legalidad penal *ex* artículo 25.1 CE.

¹⁵ Del mismo parecer es la Fiscalía General del Estado que, en su reciente Circular 2/2013, sobre intervención del Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones, afirma: “No pueden articularse a través de este incidente las violaciones de derechos y libertades imputables a órganos administrativos o a particulares, pues en estos casos habrá de impetrarse la tutela de los tribunales competentes ejerciendo las acciones procedentes, por lo que operaría la exclusión contenida en el art. 241.1 LOPJ: ‘siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso’”. El texto de esta Circular resulta accesible a través del enlace: http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967917&lanaguage=es&pagename=PFiscal/Page/FGE_pintarCirculares.

incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo constitucional, pues según doctrina —ésta sí, constante y reiterada— del Tribunal Constitucional, “es opuesto al carácter subsidiario de esta jurisdicción constitucional simultanear un recurso de amparo con otro recurso seguido en la vía judicial ordinaria, como ocurre cuando se inicia el proceso de amparo antes de que estén resueltos los recursos interpuestos contra la resolución impugnada en aquella otra vía o cuando, una vez presentada la demanda de amparo, se reabre la vía judicial durante la pendencia del proceso de amparo, aunque la resolución final de la jurisdicción ordinaria sea finalmente desestimatoria¹⁶”.

3. LA RENUENTE ACTITUD DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS HACIA EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Dicho está que, en lo relativo al incidente de nulidad de actuaciones, la reforma operada por la LO 6/2007 se centró exclusivamente en su ámbito de aplicación, no alcanzando al resto de las previsiones del artículo 241 LOPJ. Lo que aún no hemos dicho es que ya por aquel entonces hubo quien auguró que tal modo de proceder suponía un pertinaz obstáculo a la eficacia reparadora que se pretendía para el incidente, pues conservar las notas de excepcionalidad y subsidiariedad características de éste suponía, a la postre, cercenar la ampliación que, respecto de su ámbito de aplicación, se operaba con la reforma.

Según creemos haber dejado claro, el vaticinio resultó certero en lo que concierne a la virtualidad del incidente en supuestos de vulneración de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva. Y es que, aun adoptando una interpretación extensiva del artículo 241 LOPJ, de lo que no hay duda es de que el tenor de este artículo excluye de su ámbito de aplicación los supuestos en que la vulneración del derecho fundamental “haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y ésta resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario”. A través del incidente de nulidad de actuaciones, por tanto, los tribunales no pueden reparar cualquier violación de derechos fundamentales sustantivos causada en el seno de un proceso, sino únicamente aquéllas que no pudieron ser reparadas en éste.

Esto mismo que decimos es trasladable a los derechos fundamentales de alcance procesal, pues si bien la reforma de 2007 abrió la posibilidad de que cualquiera de estos derechos fuera invocado como motivo de nulidad de los actos procesales, tal posibilidad siguió siendo considerada por ley como excepcional y supeditada a la condición de que la vulneración del derecho en cuestión no hubiera podido ser alegada o resuelta dentro del proceso mismo. Siendo esto así, a nadie escapa que la virtualidad de este incidente, aun siendo mayor que antes de la reforma, continúa siendo limitada.

¹⁶ Entre otras, SSTC 99/2009, de 27 de abril; 32/2010, de 8 de julio; 105/2011, de 20 de junio; y 199/2012, de 12 de noviembre.

Así, los casos en que, *por ley*, resulta admisible este incidente quedan prácticamente circunscritos a los supuestos de ausencia o práctica defectuosa de los actos de comunicación (siempre que aquella o ésta sean generadoras de indefensión y no sea posible poner remedio a esta última durante la pendency del proceso) y de infracción de alguna norma en la sentencia o resolución firme que ignore las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y/o de la constitucional prohibición de indefensión.

En la *práctica*, los casos en que nuestros tribunales ordinarios admiten los incidentes de nulidad de actuaciones resultan más limitados aún si cabe. Así, en efecto, no faltan supuestos en que, pese a que la indefensión o la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva son manifiestas, se desestiman los incidentes de nulidad tramitados y, antes aún, se inadmiten, so pretexto de que no se cumplen las consabidas notas de excepcionalidad o subsidiariedad e incluso sin motivación de ningún tipo. El Tribunal Constitucional nos provee de ejemplos en este sentido. Así, se ha llegado a inadmitir un incidente fundado en la falta de notificación de la subasta a los titulares registrales del inmueble, “por el carácter excepcional del incidente de nulidad, cuya estimación debe evitarse en la medida de lo posible por razones de economía procesal” (STC 43/2010, de 26 de julio); se ha inadmitido un incidente frente a una sentencia condenatoria por delito que no incluía valoración de las pruebas con un escueto “no ha lugar, sin perjuicio de que la parte pueda presentar un recurso de amparo ante el propio TC” (STC 107/2011, de 20 de junio); y ha habido incluso ocasiones en que la inadmisión se ha despachado con el solo argumento de que “se pretenden sustanciar cuestiones que exceden del propio contenido de dicho incidente conforme a lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (STC 153/2012, de 16 de julio). Según se nos alcanza, esta forma de proceder, más que al recelo de nuestros tribunales hacia este incidente por el uso dilatorio que se hacía de él en el pasado¹⁷, responde a su reticencia a reconocer en este expediente la eficacia que la LO 6/2007 le otorgó con vistas a la tutela de los derechos fundamentales. Nuestros tribunales —lo diremos de otra forma—, son renuentes a admitir que el incidente *ex artículo 241 LOPJ* ya no es una vía que flanquea el paso al recurso de amparo, sino, más propiamente, una vía de protección (autónoma) de los derechos fundamentales, que, además, puede constituir la última ocasión para reparar la vulneración denunciada si es que el caso no presenta “especial trascendencia constitucional”.

Como venimos señalando, donde más visible se hace esta práctica judicial es en fase de admisión. Las ocasiones en que esta fase se clausura con una providencia de inadmisión que evidencia falta de razonabilidad o de motivación son, en efecto, frecuentes. En nada sorprende, por esto, que frente a este tipo de resoluciones se hayan promovido recursos de amparo por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, ni que, con ocasión de estos amparos, el Tribunal Constitucional haya considerado de “especial trascen-

¹⁷ En este sentido, DOIG DÍAZ, Y., *cit.*, p. 10; y CHOZAS ALONSO, J. M., *cit.*, pp. 344 y 345.

dencia constitucional” fijar las obligaciones que corresponden a los Jueces y Tribunales como garantes de los derechos fundamentales.

4. LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES: LECTURA CONSTITUCIONAL

Aunque antes de 2007 el Tribunal Constitucional había censurado el tenor de las respuestas con que algunos de nuestros tribunales fundaban la decisión de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones¹⁸, con la reforma las quejas planteadas por este motivo se multiplican y, con ellas, las resoluciones en que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre las implicaciones que, tanto en el ámbito de la legalidad ordinaria como en el del propio amparo constitucional, se siguen de la nueva configuración del incidente.

De entre estas resoluciones, interesa destacar aquí la ya citada STC 153/2012, de 16 de julio. Los hechos de que trae causa esta resolución pueden resumirse como sigue:

La mercantil Inversiones Morco 93 S.L. interpuso un recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de la delegación territorial en Burgos de la Junta de Castilla y León, por la que se le impuso una multa con base en el incumplimiento del horario de cierre de uno de sus establecimientos. Dicho recurso, del que conoció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos, fue desestimado por Sentencia, de fecha 14 de noviembre de 2008. Inversiones Morco 93 S.L. promovió entonces un incidente de nulidad de actuaciones en el que se denunciaba que la Sentencia en cuestión había incurrido en “incongruencia por error en la apreciación de la prueba” y conculcado el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia.

Tras algunas vicisitudes procesales de la que no es el caso dar cuenta aquí, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos dicto auto inadmitiendo a trámite el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la mercantil con el solo argumento de que en él “se pretendían sustanciar cuestiones que exceden del propio contenido de dicho incidente conforme a lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Fue frente a esta última resolución que Inversiones Morco 93 S.L. reclamó el amparo del Tribunal Constitucional, con base en que la inadmisión del incidente vulneró el artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos, en tanto el órgano judicial “siguió un criterio de admisibilidad que no es el vigente, al ignorar el contenido del nuevo art. 241.1 LOPJ, tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de marzo”.

La queja fue acogida por la Sala Segunda que, tras recordar que el incidente de nulidad de actuaciones es un instrumento “esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales”, otorgó el amparo sobre la base de

¹⁸ *Vid.*, por todas, STC 302/2006, de 23 de octubre.

la insuficiente motivación con que el órgano jurisdiccional inadmitió el incidente. El otorgamiento del amparo llevó, además, a ordenar la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del Auto impugnado, a fin de que el propio juzgado dictase una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Esto último enlaza de lleno con el primero de los motivos por los que esta Sentencia merece ser destacada. El motivo tiene que ver con el hecho de que el amparo impetrado ante el Tribunal Constitucional se apoyara *exclusivamente* en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva imputable a la resolución que inadmitió el incidente. Y es que, sobre esta base, lo que en esta Sentencia viene a defenderse es que, tras la reforma de 2007, la lesión de un derecho fundamental con ocasión de la tramitación del incidente integra una “lesión autónoma”, por lo que la extensión del amparo debe ceñirse a la concreta resolución a la que se imputa la lesión, sin alcanzar, por tanto, a los derechos fundamentales cuya vulneración pretendió repararse con la promoción del incidente. A nuestro juicio, este entendimiento resulta en todo acorde con el nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales, pues, como señala la propia STC 153/2012, si la eficacia del amparo constitucional fuera más allá “se estaría hurtando al órgano judicial la posibilidad de ejercer su función de protección de los derechos y libertades fundamentales potenciada tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ejerciéndose por este Tribunal un control sobre una vulneración de la que no podría predicarse interés constitucional alguno”¹⁹. Esto, sin embargo, importa advertir que este entendimiento, amén de ser aislado, choca con la tesis que maneja el propio Tribunal Constitucional sobre el alcance del amparo constitucional allí donde su estimación descansa *no sólo* en la vulneración de un derecho fundamental cometida con ocasión del incidente, *sino también* en la del derecho o derechos fundamentales que dieron contenido a este último expediente procesal. Así, paradójicamente²⁰, en estos otros casos, el Tribunal Constitucional no encuentra obstáculo en ser él mismo el que examine si hubo vulneración de los derechos fundamentales invocados ni tampoco en declarar la nulidad de la resolución frente a la que se promovió el incidente²¹.

¹⁹ De la misma opinión es REQUEJO PAGÉS, J. L., a cuyo juicio esta doctrina es “perfectamente acorde con el nuevo modelo de amparo, pues, por un lado, el Tribunal Constitucional no podría pronunciarse si no concurriera el requisito de la trascendencia de la demanda, y, por otro, el recurrente se vería doblemente perjudicado por la inadmisión indebida del incidente: primero, porque se habría visto obligado a recurrir en amparo contra la inadmisión; segundo, porque el pronunciamiento de fondo no vendría del juez ‘natural’ del derecho lesionado, sino de un Tribunal Constitucional que sólo asegura la dimensión constitucional de los derechos, pero no la variante de su contenido que es fruto de su configuración legal”. Cfr., “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el Segundo cuatrimestre de 2012”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, septiembre-diciembre (2012), pp. 241 y 242.

²⁰ Nótese que, por esta vía, el Tribunal Constitucional viene a procurar una tutela que, según él mismo defiende, corresponde otorgar a los Tribunales ordinarios.

²¹ Cfr. SSTC 43/2010, de 26 de julio; 107/2011, de 20 de junio; 180/2012, de 15 de octubre; 32/2013, de 11 de febrero.

Otro de los aspectos por los que la STC 153/2012 es digna de mención especial es por precisar las líneas que deben regir la interpretación y aplicación del artículo 241 LOPJ, a la luz del nuevo significado adquirido por el incidente de nulidad de actuaciones. La precisión se contiene en su FJ3, que a continuación transcribimos:

“El incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales [...]. No puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan ‘podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario’ (...); su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el artículo 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales.

Una deficiente protección de los derechos denunciados por parte del órgano judicial puede dejar al recurrente sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada a través del incidente de nulidad de actuaciones, carecieran de trascendencia constitucional. *Es por ello que el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión*”²².

Resulta así que, para el Tribunal Constitucional, la norma reguladora del incidente de nulidad de actuaciones debe ser interpretada del modo más favorable a la tutela de los derechos fundamentales²³, lo que a nuestro modo de ver implica que nuestros Tribunales *deben* adoptar una actitud proclive a la admisión de este excepcional expediente procesal y poner especial cuidado en que su tramitación y la decisión que se adopte (sea ésta de fondo o de inadmisión) resulte fundada en Derecho. Sirva esto que decimos como forma, no tanto de enmendar las imprecisiones en que incurre esta Sentencia desde un punto de vista procesal²⁴, cuanto de puntualizar que, en contra de lo que

²² La cursiva es nuestra.

²³ En esto, la consideración de la Sala en absoluto es novedosa pues, como la propia STC 153/2012 reconoce, con cita de la STC 185/1990, de 15 de noviembre, es doctrina constante y reiterada la que postula la necesidad de que las normas que integran alguna vía rescisoria de sentencias firmes (*v.gr.*: revisión, audiencia al rebelde, o el propio incidente de nulidad de actuaciones) se interpreten en el sentido más favorable para permitir la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

²⁴ Repárese que lo que literalmente se defiende en ella es que los Tribunales han de “realizar una interpretación *no* restrictiva de los motivos de inadmisión”, cuando rectamente sería lo contrario. Y téngase en cuenta también que la Sentencia en cuestión alude a las causas de “inadmisión de plano”: expresión que no sólo está ausente del artículo 241 LOPJ sino que, además, es utilizada en terminología

ésta parece sugerir, la aplicación del principio *pro actione* en este incidente no obsta a que su inadmisión pueda acordarse, en todo caso, mediante providencia sucintamente motivada²⁵.

5. DOS EXTREMOS DEL ARTÍCULO 241 LOPJ DISONANTES CON SU SIGNIFICACIÓN: LA COMPETENCIA FUNCIONAL PARA CONOCER DEL INCIDENTE Y LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN SU TRAMITACIÓN

La doctrina recién examinada constituye una llamada al orden en torno a la lectura que los tribunales ordinarios han de hacer del artículo 241 LOPJ, toda vez que, para éstos, la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza sobre materias con relevancia constitucional resulta vinculante (art. 5.1 LOPJ). Esto sentado, importa hacer notar que aquella doctrina no aborda la totalidad de los problemas que se ciernen sobre el incidente de nulidad de actuaciones a la luz de su actual significación.

Estos otros problemas a que nos referimos traen causa no ya del modo de actuar de nuestros tribunales, sino del tenor de una norma —el tan traído y llevado artículo 241 LOPJ— cuyo ámbito y funcionalidad iniciales en nada se parecen a los actuales.

Que la competencia funcional para conocer de este expediente procesal continúe residenciándose “en el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiera adquirido firmeza” (art. 241.1. II, *i. l.*, LOPJ) encabeza la lista de los problemas.

Como conviene en reconocerse, esta atribución constituyó en su origen una opción legislativa respaldada por la sencillez y celeridad que el legislador pretendió imprimir al incidente de nulidad de actuaciones. Apremiar el defecto causante de la nulidad se presentaba, en efecto, como una tarea relativamente fácil para el órgano judicial que dictaba la resolución firme pues, en la mayoría de los casos, era este mismo órgano el que (o ante el que se) cometía el defecto causante de nulidad y, por lo mismo, el que estaba en mejor situación de apreciar tal defecto y de proceder a su reparación. Además, por el propio ámbito objetivo del incidente, los motivos que podían dar lugar a su estimación —en particular, la indefensión— dependían en buena medida de apreciaciones fácticas, lo que avalaba igualmente la idea de atribuir la competencia para entender del incidente al tribunal que tenía un conocimiento más cercano del proceso²⁶. Frente a esta opción, con todo, ya hubo quien por

procesal en referencia a los supuestos en que se dicta una resolución procesal sin previa audiencia de las partes.

²⁵ La puntualización cuenta con el refrendo de la doctrina constitucional más reciente. Así, en la STC 56/2013, de 11 de marzo, se niega rotundamente que pueda anudarse reproche constitucional alguno a las providencias de inadmisión del incidente por el mero hecho de serlo.

²⁶ DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, *Tribunales de Justicia*, 1998, nº 2, pp. 134 y 136.

aquel entonces consideró preferible encomendar el incidente a un órgano distinto, en la idea de que de este otro modo aumentarían sus posibilidades de éxito²⁷.

Con el tiempo, las voces partidarias de que la competencia para conocer del incidente se residencie en un tribunal diferente del causante de la nulidad, han ido en aumento²⁸. Ni que decir tiene que esta reivindicación —a las que nos sumamos— trae causa de la dimensión objetiva y funcional que, desde 2007, se atribuye al incidente de nulidad de actuaciones, pues para que éste sea realmente un instrumento eficaz de tutela de los derechos fundamentales, resulta conveniente, si no necesario, que quien esté llamado a apreciar la lesión de estos derechos pueda actuar sin ningún tipo de prejuicios o preveniciones. Y esto —interpolamos— no es algo que quepa predicar *in genere* del propio tribunal a quien se imputa la actuación lesiva ¿O acaso es razonable pensar, p.ej., que la Audiencia que decide inadmitir un recurso de apelación por no constituir en plazo el depósito legalmente exigido al efecto está exenta de prejuicios a la hora de juzgar si tal actuación vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva del apelante?

El interrogante anterior pone igualmente en entredicho la escasa posibilidad de que los tribunales se reconozcan a sí mismos autores de la lesión de un derecho fundamental y procedan a su enmienda. A esta misma conclusión se llega desde la experiencia y la lógica: los tribunales ordinarios pueden no tener reparos en reconocer (y subsanar) la indefensión que puede seguirse como consecuencia de la defectuosa o errónea práctica de los actos de comunicación; sin embargo, es razonable pensar que si los tienen en reconocer que han lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia o un derecho fundamental sustantivo; más aún, cuando la falta de reconocimiento en este sentido no comporta peligro alguno de que su decisión sea revocada por otro tribunal ordinario y la probabilidad de que lo sea por el Tribunal Constitucional resulta ínfima dadas las actuales limitaciones para acceder al amparo.

Pero, las disfunciones del artículo 241 LOPJ no sólo se ciñen a lo que aquel precepto dice; también alcanzan a lo que silencio. En este sentido —y con esto nos adentramos ya en el terreno de un problema diferente—, llama poderosamente la atención que el legislador de 2007 omitiera toda alusión al papel que el Ministerio Fiscal está llamado a realizar en el incidente de nuli-

²⁷ ARIAS LOZANO, D., “Nota urgente sobre la resurrección del incidente de nulidad de actuaciones”, *Otrosí*, n° 132-2, p.12.

²⁸ Así, entre la doctrina procesalista, BACHMAIER WINTER, L., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Derecho Procesal*, 2007, p. 61; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Cizur Menor, 2008, p. 224; CHOZAS ALONSO, J. M., *cit.*, pp. 329 y 330; o MORENILLA ALLARD, P., y CASTRO MARTÍN, J. L., “Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241.1. II LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, núm. 7784, 26 de enero de 2012, pp. 1 a 5.

dad de actuaciones, máxime teniendo en cuenta que: (1) entre las funciones legalmente encomendadas a este órgano figura la de velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 3.3 EOMF); y (2) el Ministerio Fiscal interviene siempre en los procesos que tiene por objeto específico la protección de derechos fundamentales, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional [art. 3.11 EOMF y 46.1 b) y 47.2 LOTC].

Ante esta llamativa laguna legal, la Fiscalía General del Estado ha publicado recientemente la Circular 2/2013, sobre la intervención del Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones²⁹. En síntesis, lo que en esta Circular viene a mantenerse es que el Ministerio Fiscal no siempre tiene legitimación para promover el incidente de nulidad de actuaciones, pero sí en cambio para intervenir en él. Más detalladamente: a juicio del Fiscal General del Estado, el papel del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos exige diferenciar los tres siguientes supuestos.

1º) *Que el Fiscal no haya sido parte en el proceso en que recayó la resolución que da pie al incidente.* En este supuesto, el tenor del art. 241.1 LOPJ unido a alguna resolución del TC³⁰, lleva a defender que “sólo quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo” pueden promover el incidente de nulidad de actuaciones y, por lo mismo, a negar que el Ministerio Fiscal esté legitimado para promover el incidente si no fue parte en el proceso precedente.

Por el contrario, el hecho de que el Fiscal no haya sido parte en el proceso no impide predicar de él legitimación para actuar o intervenir en los procesos promovidos por otros; antes al contrario. Así, aun cuando la LOPJ guarda silencio a este respecto, la Fiscalía General del Estado entiende que debe reconocerse en el Fiscal una suerte de legitimación general para intervenir en esta clase de incidentes; entendimiento éste que vendría avalado por la apreciación de una *eadem ratio decidendi* entre este supuesto y el que subyace al reconocimiento de legitimación institucional al Ministerio Fiscal para intervenir en la tramitación del recurso de amparo [art. 3.11 EOMF].

2º) *Que el Fiscal no haya sido parte del proceso en que recayó la resolución que da pie al incidente pero hubiera debido serlo.* Respecto de este otro supuesto, señala la Circular 2/2013 que el Fiscal, además de poder intervenir en el incidente promovido por otros con base en las mismas razones arriba apuntadas, puede actuar como promotor del mismo, fundando la interposición del incidente precisamente en la preterición sufrida y siempre que ello haya causado una indefensión material. Como a nadie escapa, esta última hipótesis rara vez se dará en la práctica. Con todo —y esto es lo destacable—,

²⁹ *Vid.* nota 15.

³⁰ La resolución a que nos referimos en texto es el ATC 36/2011, de 11 de abril, en que se califica de clara e indubitada “la específica limitación de la legitimación activa de este incidente a quienes hubieran sido parte legítima o hubieran debido serlo”, añadiéndose que esto último imposibilitaba al Ministerio Fiscal la promoción del incidente pues, “ni fue parte en el procedimiento ni tampoco debiera haberlo sido, al tratarse de un procedimiento ordinario en que no está prevista legalmente su participación”.

la promoción del incidente en estos supuestos no se configura como un deber para los Fiscales, sino como una facultad cuyo uso precisa —en palabras de la propia Fiscalía General del Estado— que se evalúen “los perjuicios que para las partes del proceso pudiera suponer la estimación del incidente y la mayor o menor relevancia de la omisión del trámite en el resultado final del proceso”.

3º) *Que el Fiscal haya sido parte del proceso en que recayó la resolución que da pie al incidente.* En línea con lo sostenido respecto de los supuestos anteriores, en este tercero se entiende que el Fiscal está legitimado tanto para promover el incidente de nulidad como para intervenir en él aunque, en este último caso, no haya sido su promotor.

La posición de la Fiscalía General del Estado acerca del papel que debe desempeñar el Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones es, en suma, está: el Fiscal sólo puede promover el incidente de nulidad de actuaciones cuando esté legitimado para ello conforme a las exigencias del art. 241.1 LOPJ, pero debe intervenir en él por exigirlo así la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas. En este punto —y si se nos permite el inciso—, creemos que la Fiscalía no es plenamente congruente en sus postulados, pues si entre este expediente concurre *eadem ratio decidendi* que en el recurso de amparo³¹, lo lógico sería predicar del Fiscal legitimación tanto para promover como para intervenir en el incidente [art. 162.1 b) CE; 46.1 b) LOTC].

Con la salvedad hecha, nada creemos por lo demás que pueda objetarse a la Circular 2/2013 sobre el alcance de la intervención del Fiscal en estos incidentes. En este último sentido, conviene destacar que, en ella, tras exhortarse a los Fiscales a prestar especial atención a estos incidentes sobre la base de que en ellos radica la última oportunidad para que los tribunales ordinarios remedien la posible lesión de un derecho fundamental, se utilizan los colores de la ya comentada STC 153/2012, para dibujar los criterios que han de regir su actuación. Así, en efecto, sobre la premisa de que en los incidentes de nulidad de actuaciones el Fiscal ha de cumplir con la exigencia de motivar los informes emanados con ocasión de ellos, se precisa que “Su primera función consistirá en asegurarse de que el incidente resulta efectivamente procedente”. Y se añade: “Si la lesión de los derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Sres. Fiscales deben advertirlo así, motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada *a limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o simplemente, actuaciones erróneas. Por el contrario, si la demanda incidental resulta formalmente pro-

³¹ Esta identidad de razón entre el recurso de amparo y el incidente de nulidad de actuaciones da sentido asimismo a que, en el terreno estrictamente organizativo, se prevea la designación de un Fiscal encargado de resolver cuantas cuestiones se planteen en relación con estos incidentes, así como la obligación de elevar consulta previa a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional en todos aquellos casos en los que se pretenda promover un incidente.

cedente, los Sres. Fiscales deberán entrar en el examen de fondo de las pretensiones, actuando realmente como si de un recurso de amparo anticipado se tratara”.

6. CONCLUSIÓN

Cuando allá por el año 1997 el legislador decidió reintroducir el incidente de nulidad *post sententiam* en nuestro ordenamiento, hubo quien aplaudió la decisión, calificándola de “una razonable solución de urgencia para un problema acuciante³²”.

Por aquel entonces, en efecto, el incidente de nulidad de actuaciones venía a dar solución a un concreto problema: la falta de un cauce específico con que los tribunales ordinarios pudieran remediar las situaciones de indefensión tras la sentencia o resolución firme.

La falta de una vía adecuada a este fin constituía, ciertamente, un problema acuciante, porque la imposibilidad de que los tribunales ordinarios pusieran remedio a este tipo de situaciones empujaba *de facto* a los justiciables a recabar el amparo del Tribunal Constitucional, con los inconvenientes que ello aparejaba tanto para este Tribunal y el volumen de trabajo que debía afrontar, como para el propio justiciable, quien debía aguardar meses e incluso años para ver reparado su derecho.

En aquel momento —también es cierto— la reintroducción del incidente se presentaba como una solución razonable. Y es que, amén de su propia existencia y dejando un margen de los defectos que presentaba su regulación, aquél se configuró como un expediente procesal de carácter excepcional y subsidiario, con lo que sólo cabía recurrir a él en los taxativos casos previstos por Ley y únicamente ante la imposibilidad de alegar la nulidad a través de los recursos ordinarios o extraordinarios.

A día de hoy, la valoración que merece el incidente de nulidad de actuaciones es diametralmente distinta. Tanto es así que, tal y como reza el título elegido para este trabajo, es posible referirse a él como “una mala solución para un grave problema”.

La gravedad del problema a que aludimos viene de la mano del cambio operado en la regulación del recurso de amparo por la LO 6/2007. Tras esta Ley, el recurso de amparo sólo permite reparar las violaciones de libertades y derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 CE que revistan “especial trascendencia constitucional”, lo que es tanto como decir que, de no ser el asunto constitucionalmente relevante, aquellos derechos y libertades no serán dignos del amparo del Tribunal Constitucional por muy patente incluso que pueda resultar su lesión. Para solucionar un problema —el de la consabida sobresaturación del Tribunal Constitucional—, se ha originado, por tanto,

³² Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *cit.*, p. 140.

otro de dimensión mucho mayor: la posibilidad de que, ante la violación de una libertad o derecho fundamental, los ciudadanos puedan no ver satisfecho su derecho —constitucionalmente reconocido, por cierto— de obtener su tutela ante el Alto Tribunal.

Éste que señalamos no es, desde luego, un problema que solvente o contrarreste el incidente de nulidad de actuaciones. En primer lugar, porque su actual configuración en nada afecta al hecho de que las expectativas de obtener el concreto amparo del Tribunal Constitucional estén reservadas a los casos “constitucionalmente relevantes”. Y, en segundo lugar, porque, a tenor del artículo 241 LOPJ, el incidente de nulidad de actuaciones es, sí, un cauce para la tutela de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 CE por los tribunales ordinarios, pero no es “el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad” al que alude este último precepto. Antes al contrario: pese a su ampliado ámbito de aplicación, el incidente *post sententiam* continúa siendo un expediente excepcional y subsidiario, con lo que su eficacia en materia de protección de derechos y libertades fundamentales sigue siendo, desde el punto de vista de su objeto, muy limitado.

Pero es que, aun dentro de su actual ámbito, el renovado incidente de nulidad de actuaciones tampoco es un instrumento que se presente eficaz en aras a reparar los derechos y libertades fundamentales de los justiciables. De una parte, porque muchos de nuestros tribunales continúan anclados en la idea de que aquél es sólo un trámite de obligado cumplimiento para acceder al amparo constitucional, con lo que no ven trabas para acordar su desestimación e incluso su inadmisión *a limine*. Y, de otra parte, porque la regulación de este expediente sigue siendo en algunos aspectos defectuosa cuando no inadecuada para procurar al justiciable una defensa realmente útil frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales.