

UNA DÉCADA DE INCIDENTE
DE NULIDAD DE ACTUACIONES:
¿ACLARACIÓN, REFORMA O SUPRESIÓN?

A decade after the appeal for annulment:
Clarification, reform o deletion

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

Universidad Carlos III de Madrid
igomez@tribunalconstitucional.es

CARMEN MONTESINOS PADILLA

Universidad de Vigo
cmontesinos@uvigo.es

Cómo citar/Citation

Gómez Fernández, I. y Montesinos Padilla, C. (2018).
Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?
Revista de Derecho Constitucional, 113, 71-102.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.03>

Resumen

La reforma del incidente de nulidad de actuaciones y del recurso de amparo constitucional ha desembocado en un escenario dominado por la inseguridad jurídica, cuyo esclarecimiento deviene ineludible para afrontar la tarea de articular una estrategia procesal efectiva para la defensa de los derechos fundamentales del justiciable. Este trabajo, de perfil eminentemente práctico, busca colaborar en esa tarea de diseño de estrategias de litigio, abordando tanto las cuestiones procesales que se refieren a la interposición del incidente de nulidad como su instrumentalización para la restricción del acceso al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo. Se intenta así contribuir a minimizar los riesgos de inadmisión del incidente de nulidad y, correlativamente, del sucesivo amparo constitucional.

Palabras clave

Derechos fundamentales; garantías procesales; incidente de nulidad de actuaciones; recurso de amparo constitucional.

Abstract

The effective defence of fundamental rights is at stake after the reforms of the appeal for annulment and the constitutional appeal for protection of fundamental rights. They caused a scenario of legal uncertainty that should become clear as a first step towards an effective procedural strategy. This eminently practical paper tries to collaborate in this task, designing litigation strategies and addressing both the procedural issues that refer to the filing of the appeal for the annulment, and its use as a tool to limit the access to the Spanish Constitutional Court. The objective is to reduce the risks of rejection of the appeal for annulment and of the consequent constitutional appeal for protection of fundamental rights.

Keywords

Appeal for annulment; appeal for protection of fundamental rights; fundamental rights; procedural guarantees of fundamental rights.

SUMARIO

I. EL INCIDENTE DE NULIDAD COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA Y GARANTÍA DE CONTROVERSIA. II. CONFIGURACIÓN PROCESAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD: 1. Jurisdicción competente, legitimación y plazos. 2. Derechos invocables. 3. Procedimiento. III. LAS RELACIONES ENTRE EL INCIDENTE DE NULIDAD Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES PARA UNA EFECTIVA ESTRATEGIA PROCESAL: 1. El incidente como llave que abre o cierra el acceso al recurso de amparo: 1.1. *La alternatividad entre el incidente y otros remedios procesales*. 1.2. *La simultaneidad imposible entre incidente y amparo*. 1.3. *Procedencia o improcedencia del incidente de nulidad de actuaciones*. 2. El pronunciamiento resolutorio del incidente como objeto del amparo: 2.1. *Derechos fundamentales vulnerables en la resolución de los incidentes de nulidad*. 2.2. *Alcance del amparo cuyo objeto es el incidente de nulidad*. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL INCIDENTE DE NULIDAD COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA Y GARANTÍA DE CONTROVERSIA

El incidente de nulidad de actuaciones ha generado siempre controversias doctrinales, abiertamente acentuadas tras la reforma de que fue objeto en 2007 (Valdés Dal-Ré, 2015: 154). Originariamente configurado como un remedio de única o última instancia frente a presuntas vulneraciones de derechos procesales en sede jurisdiccional, el incidente cumple en la actualidad una función constitucional que emana del derecho a la tutela judicial efectiva (Beladiez Rojo, 2015: 446-450; González Alonso, 2012: 59-106) y se conecta con la garantía de los derechos fundamentales prevista en el art. 53.2 CE. Pero su regulación y la aplicación que de ella hacen tanto los tribunales de la jurisdicción ordinaria como el Tribunal Constitucional (TC) provoca tal grado de inseguridad jurídica que su función constitucional se pone abiertamente en entredicho. Por ello, y a pesar de que la doctrina haya abordado insistentemente el tema, es necesario seguir hablando del incidente una década después de su reforma, siendo el objetivo de tal reflexión aclarar cuál es su naturaleza y su función actual y si merece o no ser conservado en el ordenamiento habida cuenta de la definición que formulemos.

La evolución normativa¹ del incidente pone de manifiesto que las dudas sobre su utilidad y la conveniencia de mantenerlo en el ordenamiento jurídico

¹ Véanse Nogueira Gustavino (2008: 206-232); Richard González (2008); Megino Fernández (2010) y Álvarez Sánchez de Movellán (2015).

han estado presentes casi desde que se incorporase a nuestro ordenamiento con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881. Su transformación jurisprudencial en un recurso extraordinario y su consecuente abuso y utilización con efectos dilatorios no tardó en impulsar su supresión en 1984², subsumiéndose entonces en el sistema de recursos ordinarios todas las posibles nulidades (Garriga Ariño, 2009: 537-538). Y ello hasta su recuperación en la nueva redacción del art. 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Tras alguna modificación puntual (LO 5/1997, LO 13/1999), la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, lo incorporó en su art. 228, pero suprimiendo la posibilidad de solicitar por esta vía la nulidad por incongruencia del fallo, posibilidad que mantuvo la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ. Esta discordancia se perpetuó hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Ello supuso que durante prácticamente tres años se mantuviera un intenso debate sobre la regulación aplicable, hoy resuelto por la coincidencia de regulación entre los arts. 241 LOPJ y 228 LEC.

El incidente se articuló así como cauce procesal destinado a posibilitar la subsanación de efectos procesales causantes de nulidad cuando ya no tuvieran cabida recursos ordinarios ni extraordinarios, y ello con independencia de la condición que se le quisiera atribuir como proceso o acción autónoma para la rescisión de sentencias firmes, incidente especial de contenido constitucional o incidente en el sentido procesal más estricto, e incluso como recurso jurisdiccional³.

Sin embargo, la situación parece haber cambiado con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 6/2007). Su objetivo «declarado» era descongestionar al TC, aquejado de una suerte de bloqueo funcional que se atribuía, con mayor o menor acierto, a la cantidad de recursos de amparo sometidos a su consideración. En este contexto, el incidente de nulidad se modificó con la intención de convertirlo en un «engranaje» más del nuevo recurso de amparo, reforzando la función de los jueces y tribunales ordinarios como garantes naturales de los derechos mediante la ampliación de su ámbito material y garantizando el carácter subsidiario del amparo constitucional, desfigurado con el paso del tiempo por el recurso a la jurisdicción constitucional como si de una última instancia judicial en materia de derechos se tratara (Carmona Cuenca, 2005: 75-98).

² Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC.

³ Sobre la controversia en torno a la naturaleza del incidente, Álvarez Sánchez de Movellán (2015: 30).

Con la LO 6/2007 el trámite de admisión del recurso de amparo (art. 50 LOTC) deviene en juicio de admisibilidad en sentido positivo (ATC 272/2009). La admisión de la demanda exige que no concurren óbices procesales de orden formal, que el recurrente justifique la especial trascendencia del caso, que el TC aprecie la concurrencia de la misma y que, adicionalmente, se aprecien indicios de la eventual lesión del derecho que se invoca. La apreciación de que el amparo merece una resolución sobre el fondo se hace sobre la base de lo dispuesto en el FJ 2 de la STC 155/2009, que estableció un elenco no excluyente de supuestos en los que se apreciaría la concurrencia de especial trascendencia⁴. Aunque no es el objeto de esta reflexión, la aplicación jurisprudencial de este criterio de recibimiento del amparo puede ser tachada de casuística, cuando no de discrecional, del mismo modo que puede recibir tal calificación la decisión jurisprudencial de exigir indicios de lesión, cuando la reforma de 2007 no parecía exigir tal concurrencia. El propio TC no ayuda a alcanzar una valoración distinta con sus argumentos, ni siquiera después de que la aplicación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *Arribas Antón*, de 20 de enero de 2015⁵, le haya obligado a hacer pública la causa de especial trascendencia que motiva la admisión del amparo. En la práctica, el TC se limita a exponer en los antecedentes de la sentencia la causa de especial trascendencia contenida en la providencia de admisión a trámite, causa que se reconduce a alguno de los supuestos del FJ 2 de la STC 155/2009, y que no siempre encuentra desarrollo en la fundamentación jurídica y, en ocasiones, no encuentra siquiera correspondencia con el contenido de los argumentos que conducen a la estimación o desestimación del amparo⁶.

Sea como fuere, con motivación o sin ella respecto de la razón que conduce a la admisión de un determinado amparo para entrar al fondo del asunto, lo cierto es que la LO 6/2007 ha conducido, y las estadísticas dan prueba de

⁴ La STC 140/2013, FFJJ 3 y 4, sistematiza la doctrina sobre la especial trascendencia. Merece particular apunte el hecho de que en la STC 6/2017 y el ATC 20/2017 el Tribunal acude a las invocaciones contenidas en el incidente de nulidad para valorar si existe o no negativa manifiesta del órgano judicial de instancia a acatar la doctrina constitucional sobre el derecho invocado [STC 155/2009, FJ 2, f)] estableciéndose por esta vía una conexión entre el amparo y el incidente en cuyo examen no podremos detenernos.

⁵ En esta sentencia, el TEDH reclamó la identificación del supuesto de especial trascendencia en que se enmarca cada amparo resuelto, para garantizar la seguridad jurídica.

⁶ Sirvan de ejemplo las SSTC 9/2015, FJ 3 o 232/2015, FJ 2.

ello⁷, a restringir el número de recursos de amparo admitidos a trámite. Y esta restricción en el acceso al TC se ha querido compensar mediante la ampliación del ámbito material del incidente de nulidad a la vulneración de cualquiera de los derechos a que se refiere el art. 53.2 CE (DA 1.^a LO 6/2007) aunque, eso sí, «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» (art. 241 LOPJ).

Así, la objetivación del amparo ha corrido pareja a la ampliación del objeto del incidente de nulidad. Pero esta ampliación suscitó importantes críticas mucho antes incluso de su entrada en vigor. Desde un primer momento se cuestionó su carácter no devolutivo (Desdentado Bonete, 2007: 23-29), llegándose incluso a formular la hipótesis de la inconstitucionalidad del art. 241.1 LOPJ por considerar que su nueva regulación vulneraba los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva (Morenilla Allard, 2013). Asimismo y sobre una doble argumentación, se ha discutido su potencial como mecanismo de refuerzo de la tutela ordinaria de derechos y como filtro a la entrada de demandas de amparo en el registro del TC. De un lado, el análisis sistemático del art. 241.1 LOPJ llevaría a pensar en el limitado alcance de la ampliación objetiva del incidente, por cuanto sigue presente la idea de la indefensión como causal para la interposición. De otro, los requisitos exigidos para su admisión permitirían cuestionar su viabilidad para impugnar presuntas vulneraciones de derechos sustantivos (Navarro Massip, 2009: 37-48). A ello se añade la precaria regulación del «nuevo incidente», cuya parquedad ha impulsado un errático desarrollo jurisprudencial por parte del TC.

Lo anterior dificulta la delimitación de los supuestos en los que resulta preceptiva la interposición del incidente con la vista puesta en un ulterior planteamiento del correspondiente recurso de amparo y, por tanto, debilita su función como engranaje entre la protección de los derechos en la vía judicial ordinaria y su garantía última en sede constitucional. Se complica así una adecuada definición de la «nueva naturaleza» del incidente de nulidad (Carrasco Durán, 2013), que no parece corresponderse con la que tuviera en sus orígenes como mecanismo reparador de meros defectos procesales⁸. Si bien hay autores que entienden que el incidente ha perdido su condición de proceso autónomo para convertirse en un recurso extraordinario (Banacluche Palao, 2008: 221), esta opción ha sido descartada tanto por el TC como por el Tribunal Supremo

⁷ Datos disponibles en <https://bit.ly/2sPs7pW> (último acceso: 24 de julio de 2017).

⁸ SSTC 153/2012 y 98/2015 y Exposición de Motivos de la LO 6/2007

(TS)⁹, que advierten además que la reforma de 2007 no puede suponer una instrumentalización del «nuevo incidente» como recurso para replantear cuestiones ya dirimidas con el pretexto de que hay derechos fundamentales en juego, exégesis avalada por la Fiscalía General a través de su Circular 2/2013, sobre la intervención del fiscal en el incidente de nulidad.

Parece entonces que su definición como proceso autónomo de rescisión de sentencias sigue siendo la más adecuada (Aguilera Morales, 2013: 2). En definitiva, su carácter excepcional (AATC 42/2010, FJ 2 y 35/2011, FJ 2) es un argumento de peso para descartar la configuración del incidente como un proceso especial de tutela de derechos (Doig Díaz, 2008). En cualquier caso, si bien en el plano teórico no puede cuestionarse que la identificación del objeto del incidente con el propio del amparo constitucional ha dado lugar a la desnaturalización del primero, lo que no queda tan claro es que sea posible acomodar dos elementos cuya correcta articulación es determinante para la eficacia de cualquier mecanismo procesal de tutela de derechos: configuración legal y finalidad.

II. CONFIGURACIÓN PROCESAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD

Si bien las relaciones entre el recurso de amparo y el incidente de nulidad se articulan en márgenes de discrecionalidad interpretativa sumamente abiertos, no es menos cierto que la configuración procesal del incidente, jurisprudencialmente definida, ofrece un grado de certeza mayor, que permite situarse en un escenario estable desde el que definir una estrategia de litigio que, sin embargo, se encontrará después con dificultades mayores.

1. JURISDICCIÓN COMPETENTE, LEGITIMACIÓN Y PLAZOS

La imposibilidad de previa denuncia de la lesión y el afán por otorgar al órgano judicial la ocasión de revertir una situación en la que ha sido el sujeto activo de la lesión denunciada, fundamentan la atribución de la competencia para resolver el incidente al mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza¹⁰ en la medida en que el

⁹ ATC 42/2010 y AATS 2940/2016, de 11 de abril; 2605/2016, de 29 de marzo y 2697/2016 y 2696/2016, de 16 de marzo.

¹⁰ Lo que en los supuestos de procedimientos resueltos en única instancia viene a significar la necesidad perentoria de plantear siempre incidente de nulidad si se trata de un

procedimiento se entiende concluso¹¹. Se excluye así la posibilidad de que el letrado de la Administración de Justicia se arrogue tal función so pena de extralimitarse en sus funciones provocando una lesión del derecho de acceso a los recursos (STC 208/2015). Si bien no han dejado de existir dudas en torno a la constitucionalidad del carácter no devolutivo del incidente, el Alto Tribunal español no ha titubeado al pronunciarse al respecto, ya fuera para desestimar la pretensión de quien aspiraba a que su incidente fuera resuelto por magistrados del TS distintos a quienes resolvieron la resolución impugnada (STC 108/2013), ya para apreciar una vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley con motivo de la alteración del número y composición del órgano jurisdiccional que había dictado la sentencia firme objeto del incidente (STC 152/2015)¹².

En lo que hace a la legitimación para interponer el incidente de nulidad, esta corresponde a quien fue parte en el proceso del que resultó la resolución firme objeto del incidente, así como a quien debiera haberlo sido. Este aserto es extrapolable al Ministerio Fiscal, que no siempre va a tener legitimación para plantear el incidente¹³, pero que podrá actuar como promotor o intervenir cuando hubiera sido parte en el proceso en que recayó la resolución que da pie a la interposición del incidente, o cuando debiera haber sido parte y sin embargo no intervino (ATC 36/2011, FJ4). No obstante, esta posición no es compartida de forma unánime ni por el propio TC, ni por la doctrina (Megino Fernández, 2010:170), pues la amplia legitimación (objetiva) de la que goza el

amparo del art. 44 LOTC (STC 147/2016), planteando algunas particularidades las resoluciones de inadmisión y de desestimación de procedimientos de *habeas corpus*, por la dificultad de calificación de la naturaleza del amparo en estos casos (STC 13/2017).

¹¹ A este respecto véase la STC 189/2016 en relación con un procedimiento penal abierto a causa de una decisión de retroacción de actuaciones, en el que se plantea un amparo frente a la resolución que determina la retroacción sin previa interposición del incidente. La sentencia, paradójicamente, inadmite el amparo por falta de planteamiento del incidente, en el marco de un procedimiento inconcluso. En términos bien distintos, pero siempre en relación con las dudas que se plantean en relación a la conclusión de los procedimientos, véase la STC 169/2013, que da por bueno el planteamiento de un incidente interpuesto ante el órgano de instancia que indicó inadecuadamente la existencia de un recurso de suplicación que fue inadmitido. Este incidente se interpone «retrocediendo» en la vía judicial previa, a pesar de lo cual el Tribunal no estima la existencia de un alargamiento improcedente de esa vía. Véase Durán Alba (2016: 312).

¹² Sobre el órgano competente para resolver el incidente, Megino Fernández (2010: 168).

¹³ Véase Aragón Reyes (2011) y Álvarez Sánchez de Movellán (2015:30).

Ministerio Fiscal para el planteamiento del amparo constitucional lleva a cuestionar el limitado alcance de su legitimidad para la interposición del incidente (ATC 36/2011).

En cualquier caso, quienes tienen reconocida legitimación para interponer el incidente, habrán de hacerlo en un plazo absoluto de cinco años, a contar desde el momento de la notificación de la resolución a las partes, disponiendo de un plazo relativo de veinte días a contar bien desde esa notificación, si el defecto se contiene en la resolución firme, bien desde que se tiene conocimiento de la existencia del vicio¹⁴. Estos dos plazos juegan conjuntamente y su cómputo habrá de realizarse excluyendo los días inhábiles (STC 157/2009, FJ 3). Transcurrido el plazo absoluto de cinco años, el legislador da por sanado cualquier vicio causante de nulidad. A este respecto, y para concluir con esta cuestión, resulta sumamente interesante la cita de la STC 30/2017. El recurso de amparo que resuelve dicha sentencia es planteado por una persona que intentó, mediante un incidente de nulidad, reabrir un procedimiento administrativo sancionador en el que se le había impuesto una multa amparada en un precepto declarado inconstitucional por la STC 13/2013, intento efectuado una vez transcurridos veinte días desde la publicación de esta última sentencia en el BOE. En este caso, el Tribunal no solo asume que el incidente pueda ser un procedimiento adecuado para asegurar la proyección de efectos a procedimientos judiciales de sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de disposiciones legales (FJ 5), cuestión en la que no nos detendremos, sino que, además, da por buena la presentación fuera de plazo argumentando que, en la medida en que no existe en nuestro ordenamiento un procedimiento *ad hoc* para hacer efectiva la declaración de inconstitucionalidad de un precepto sancionador al amparo de la previsión del art. 40.1 *in fine* LOTC, y puesto que tal precepto no somete a plazo alguno la posibilidad de afectar a sentencias firmes que hayan aplicado el precepto sancionador declarado inconstitucional, no debe interpretarse restrictivamente el plazo de veinte días, sino acudir al de cinco años, y todo ello merced a la simultánea solicitud de revisión de resoluciones judiciales firmes que se plantea al interponer el incidente.

¹⁴ Resulta de interés recordar aquí la sentencia del TEDH en el asunto *Díaz Ochoa c. España*, de 22 de junio de 2006, que condenó a España por vulneración del art. 6.1 CEDH con motivo de la desestimación de un incidente de nulidad fundada en el cómputo del plazo de cinco años desde el momento de notificación de la sentencia impugnada mediante edictos publicados en *Boletín Oficial*, sin demostrarse que el demandante hubiera tenido noticia del procedimiento diligenciado en su contra.

2. DERECHOS INVOCABLES

La redacción del art. 241 LOPJ es muy clara al respecto, y abre el objeto del incidente a la invocación de cualquier derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE. Pero la dinámica de funcionamiento del incidente, y la imposibilidad de invocar por esta vía la vulneración de derechos que hubieran podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, apunta hacia la priorización de la invocación del art. 24 CE a la hora de plantear la nulidad, con excepciones restringidas a supuestos relativos, por ejemplo, a la igualdad en aplicación de la ley (art. 14 CE), el principio de legalidad penal (art. 25 CE) o el derecho a la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos (art. 23 CE, como proyección del art. 14 CE).

Dicho en otros términos, la práctica ha demostrado que, en un abrumador porcentaje de los casos, el planteamiento del incidente responde a una presunta vulneración del art. 24 CE en alguna de sus múltiples vertientes, que incluyen, sin duda, las que preveía el art. 241 LOPJ antes de la reforma, esto es, la indefensión causada por vicios procesales y la incongruencia omisiva (STC 9/2014, FJ 4). Si, como botón de muestra, acudimos a las sentencias dictadas por el TC en materia de amparo durante el trienio 2014-2016 que hacen mención al previo planteamiento de un incidente de nulidad, podremos comprobar que en la mayoría de los casos el motivo que lo impulsó fue la denuncia de vicios procesales de alcance constitucional. Así lo demuestran, entre otras, las SSTC 206/2016, 151/2016, 150/2016, 136/2016, 49/2016, 23/2016, 16/2016, 204/2015, 96/2015 y 91/2015 (proscripción de la indefensión); la STC 180/2015 (defectos en actos de comunicación); la STC 167/2015 (defectos en actos de emplazamiento) y las SSTC 220/2016, 219/2016, 198/2016, 204/2014, 57/2014 y 9/2014 (incongruencia omisiva). También es recurrente la invocación conjunta tanto del derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24.1 CE como del derecho a un proceso con todas las garantías *ex* art. 24.2 CE (entre las más recientes, SSTC 163/2016, 147/2016, 115/2016, 114/2016, 113/2016, 105/2016, 98/2016 y 93/2016). Y si bien es cierto que ya puede verificarse la denuncia de vulneraciones de derechos sustantivos, ya sea individualmente considerados (STC 65/2016), ya en conexión con el art. 24 CE (SSTC 172/2016, 69/2016, 44/2016, 39/2016)¹⁵, la invocación de esta categoría de derechos es muy inferior en términos cuantitativos.

¹⁵ A esta conclusión podemos llegar si nos remitimos a los autos en los que el TS ha resuelto incidentes de nulidad. Entre otros, AATS 2940/2016 (principio de legalidad penal), 2605/2016 (principio de igualdad en aplicación de la ley y derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión), 2697/2016 (derechos a la tutela judicial efectiva, a

3. PROCEDIMIENTO

La nulidad se insta por medio de un escrito, en forma de demanda, al que acompañan los documentos justificativos de la presunta vulneración de derechos. El trámite de admisión se recoge en el tenor literal de los arts. 241 LOPJ y 228 LEC, que parten de la premisa de que no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Esta premisa justifica los amplios poderes de los que goza el juez *a quo* para inadmitir a *limine litis* la tramitación de la nulidad, presentándose como regla general la inadmisión, que será acordada por providencia irrecurrible sucintamente motivada.

Esa motivación, más o menos extensa, ha de ser a su vez respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos, de modo que el órgano judicial ha de ofrecer una motivación suficiente de la inadmisión (SSTC 204/2014, 96/2015, 98/2015, 142/2015 y 180/2015) que se sustente en motivos materiales o de fondo y no «en razones simplemente formales o en la defectuosa interposición del incidente de nulidad» (STC 76/2012, FJ 2). Tal y como se establece claramente en el FJ 3 de la STC 153/2012, cabe una justificación sucinta de la inadmisión de plano, pero es preciso interpretar los motivos de inadmisión en estos supuestos de forma restrictiva, para permitir la tutela de los derechos fundamentales en fase jurisdiccional. Esta precisión es relevante puesto que, a pesar de la claridad con la que se ha expresado a este respecto el Alto Tribunal español, los órganos de la jurisdicción ordinaria no siempre cumplen con este mandato, abriendo de este modo la puerta a un ulterior recurso de amparo (ATS 2692/2016, de 31 de marzo).

En todo caso, la admisión requiere del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos: legitimación *ad processum*; fundamentación de la solicitud en una presunta vulneración de uno de los derechos a que se refiere el art. 53.2 CE; imposibilidad de previa denuncia del vicio y firmeza de la resolución impugnada. Así, el incidente de nulidad podrá inadmitirse cuando no se cumplan las exigencias precitadas, cuando en el escrito se efectúe una petición distinta a la declaración de nulidad o cuando, siendo interpuesto dentro del plazo máximo de cinco años legalmente previsto, el solicitante no justificara debidamente el momento de conocimiento del vicio causante de la vulneración, que da pie a beneficiarse de dicho plazo en lugar del perentorio de veinte días. Asimismo, y aunque nada se indique al respecto en la LOPJ o la LEC, se viene entendiendo que es necesaria la comparecencia con procurador

la presunción de inocencia y a un proceso sin dilaciones indebidas) y 2696/2016 (derecho al secreto de las comunicaciones).

y asistencia letrada, en tanto que la ley no excluye expresamente su intervención (Fernández Caballero, 2012: 17).

De ser admitido a trámite, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito de interposición a las demás partes para que, en el plazo de cinco días, formulen sus alegaciones. Dicha admisión no suspende los efectos de la resolución impugnada, salvo que así lo acuerde expresamente el Tribunal competente para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad (art. 228.2 LEC). En cualquier caso, la suspensión habrá de ser instada por la parte a quien interese y el Tribunal no se pronunciará al respecto hasta que el incidente de nulidad se admita a trámite y las partes, sin que se prevea la mediación de fase probatoria alguna (Fernández Caballero (2012: 24), formulen las oportunas alegaciones

Finalmente, el tribunal competente estimará o desestimará el incidente mediante auto motivado que será irrecurrible, excepción hecha, obviamente, de la eventual interposición de un recurso de amparo¹⁶. Si se estima el incidente, se anulará la resolución impugnada y podrán retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la producción del vicio. Y decimos «podrán» porque en los casos en los que la declaración de nulidad con retroacción de las actuaciones entre en conflicto con otros derechos, bienes y valores constitucionales, será exigible una previa ponderación que determine la conveniencia de la retroacción, siendo posible limitar la reparación del derecho invocado a la declaración de la existencia de lesión (STC 23/2016, FJ 3). Si, por el contrario, se desestima el incidente, se condena en costas al solicitante, a quien incluso se le puede imponer una multa por temeridad (de 90 a 600 euros) en los supuestos de abuso de derecho o mala fe.

III. LAS RELACIONES ENTRE EL INCIDENTE DE NULIDAD Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES PARA UNA EFECTIVA ESTRATEGIA PROCESAL

La fórmula según la cual «a menos amparo constitucional, más tutela ordinaria de derechos», que refuerza la naturaleza del incidente como proceso autónomo y mecanismo de garantía específico de los derechos fundamentales en el curso de los procedimientos ordinarios, exige rediseñar el incidente de nulidad, pero también redefinir los canales de comunicación entre este y el

¹⁶ Como ejemplo paradigmático en contra véase la STC 69/2016, en que se admite la procedencia de un recurso de reposición interpuesto contra la inadmisión de un incidente de nulidad por indicación errónea del órgano judicial que lo resolvió.

recurso de amparo, de modo que sean fácilmente transitables y las relaciones entre uno y otro se articulen para asegurar el mayor nivel de garantía posible de los derechos de los justiciables. Y la relación entre el incidente y el amparo debe abordarse desde dos perspectivas: la que sitúa al incidente en la vía judicial previa que debe agotarse para acceder al amparo constitucional y la que hace de la inadmisión, o desestimación, del incidente objeto de un recurso de amparo sucesivo atento a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

1. EL INCIDENTE COMO LLAVE QUE ABRE O CIERRA EL ACCESO AL RECURSO DE AMPARO

Como ya se apuntó, el TC configura de modo amplio su potestad de admisión de los recursos de amparo sobre la base de la excepcionalidad de esta garantía jurisdiccional (Pérez Tremps, 2015: 285). En el examen sobre la admisibilidad del amparo, que concluye con una providencia de admisión o de inadmisión a trámite, cada una de las cuatro secciones del TC verifica la concurrencia de la especial trascendencia constitucional y el cumplimiento del resto de requisitos procesales. De entre estos hay dos exigencias determinantes que materializan la conexión entre el incidente de nulidad y el recurso de amparo: la presentación de este último en plazo¹⁷ y el agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC].

Es fácil visualizar la conexión aludida. El recurso de amparo será considerado extemporáneo, por alargamiento de la vía judicial previa, si se interpuso un incidente de nulidad de actuaciones «improcedente» resultando la demanda de amparo presentada fuera del plazo legalmente establecido. Por el contrario, si se optó por no interponer el incidente acudiendo *per saltum* al TC, y este considera que la o una de las vulneraciones denunciadas pudo

¹⁷ Recuérdese (obviando las particularidades relativas a los amparos electorales) que el art. 42 LOTC establece un plazo de tres meses para recurrir actos parlamentarios sin valor de ley, el art. 43.2 LOTC uno de veinte días para impugnar actos administrativos y gubernamentales y el art. 44.2 LOTC otorga un plazo de treinta días para recurrir actos de los órganos judiciales. Esos plazos son de caducidad, improrrogables, no susceptibles de suspensión no pudiendo quedar al arbitrio de las partes, razón por la cual no cabe la prolongación artificial de la vía judicial previa al recurso de amparo a través de la interposición de recursos manifiestamente improcedentes. El tiempo invertido en la resolución de medios de impugnación improcedentes, cuando exceda del plazo establecido para presentar el amparo, determinará la extemporaneidad de este (SSTC 72/1991, 78/2000, 185/2004 y 323/2006).

denunciarse por la vía del incidente, cabría inadmitir el amparo calificándolo como prematuro. Por tanto, buena parte de la suerte que corra el trámite de admisión del recurso de amparo va unida al acierto en el momento de optar por presentar o no el incidente de nulidad¹⁸. Y dicho acierto se vincula a la claridad en la determinación de si el incidente es o no es improcedente.

Si bien algunos autores entienden que la jurisprudencia constitucional es abiertamente antiformalista a la hora de calificar la procedencia de los recursos necesarios para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo (Villalvilla Muñoz, 2011: 1059), y ello porque el TC se muestra, en términos generales, reacio a calificar los recursos como manifiestamente improcedentes, lo cierto es que en el caso del incidente de nulidad de actuaciones las cosas no están tan claras, ni el TC es tan flexible siempre en sus consideraciones.

Sí existen, sin embargo, dos reglas de indudable aplicación. Ante la existencia de un remedio procesal alternativo al incidente es preciso optar por uno u otro, siendo inviable el sucesivo empleo de ambos. Y no es posible interponer simultáneamente incidente de nulidad y recurso de amparo. Pero más allá de estas dos reglas esenciales, la determinación de la procedencia del incidente en base a la imputación de lesiones de derechos materiales a la resolución judicial que pone fin al procedimiento ordinario y a la exigencia de que ningún órgano de la jurisdicción ordinaria haya tenido ocasión de pronunciarse al respecto, sigue siendo toda una incógnita.

1.1. La alternatividad entre el incidente y otros remedios procesales

La invocación de algunas vertientes del art. 24 CE puede encontrar ubicación procesal tanto en el incidente de nulidad de actuaciones como en otros remedios procesales, pero el recurso a ambos, de forma sucesiva, podría entenderse como un alargamiento innecesario de la vía judicial previa de modo que, en estos casos, es necesario plantearse la alternatividad de los remedios a disposición del recurrente.

Sirva a efectos aclaratorios la mención de dos ejemplos. Por un lado, la denuncia de un vicio de incongruencia omisiva radicado en la resolución que pone fin a un procedimiento civil puede encontrar cabida tanto en la previsión del art. 241 LOPJ como en la del apdo. primero del art. 215 LEC, que regula el trámite de «subsanción y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos», o en el apartado segundo del mismo precepto, que

¹⁸ El propio TC reconoce lo delicado de la disyuntiva en las SSTC 217/2002, 23/2005, 149/2005, 162/2006 y 182/2011.

prevé la reparación por esta vía de los vicios de incongruencia omisiva. En estos supuestos la doctrina constitucional admite la alternatividad absoluta (STC 9/2014).

Por otro, el derecho a un proceso con todas las garantías y sin que pueda producirse indefensión (art. 24.2 CE) en el marco de procesos civiles conclusos *in absentia* o en rebeldía puede ser invocado como objeto del incidente o, en determinados supuestos, en el procedimiento de rescisión de sentencias firmes a instancias del rebelde (art. 501 LEC). En este caso, la STC 40/2001 fijó una regla de selección distinguiendo el objeto específico de ambos procedimientos, considerando la audiencia al rebelde como el remedio procesal idóneo para enjuiciar la imposibilidad de la comparecencia de quien fue válidamente emplazado, y el incidente de nulidad como el mecanismo adecuado para plantear la validez o invalidez del emplazamiento (SSTC 5/1997, 106/1997, 186/1997, 34/1998, 90/1998, 218/2000, 126/2014, 131/2014, 136/2014, 137/2014, 89/2015, 167/2015, 5/2017, 6/2017 y 106/2017). En este caso no existe alternatividad absoluta entre uno y otro tipo de procedimiento, sino adscripción de cada uno a unas impugnaciones específicas.

Más allá de lo dicho, el TC solventa las dudas relativas a la alternatividad de los mecanismos procesales desde una posición flexible¹⁹, exigiendo al recurrente en amparo el empleo de las vías que pueda esgrimir contra la resolución o acto del que trae causa la eventual lesión de su derecho y que sean idóneas para su reparación, sin pedirle que acuda a todas las posibles o imaginables (Megino Fernández, 2010: 224). Por tanto, se entiende que una vez el recurrente haya optado por uno de los remedios disponibles al considerarlo más idóneo, con arreglo a los requisitos legales que lo acompañan, el recurso a este procedimiento, descartando el alternativo, no va a suponer la penalización del justiciable de cara a la sucesiva interposición de un recurso de amparo.

1.2. La simultaneidad imposible entre incidente y amparo

La flexibilidad de que hace gala la anterior doctrina no se proyecta al supuesto de interposición simultánea del incidente de nulidad y el recurso de amparo. El TC se muestra tajante inadmitiendo los recursos de amparo interpuestos de forma simultánea al incidente de nulidad, imputando como causa de inadmisión la falta de agotamiento de la vía judicial previa (por todas, STC 139/2014). Yendo más lejos, el ATC 98/2016 exige que el amparo se presente en fecha posterior a la notificación de la inadmisión o desestimación del

¹⁹ Por todas, STC 6/2009, y respecto al incidente de 1985, STC 310/1993.

incidente, puesto que también se consideraría interposición simultánea la introducción de la demanda de amparo una vez resuelto el incidente si no ha sido notificada la resolución.

Dicha posición encuentra sustento en la necesidad de salvaguardar la naturaleza subsidiaria del amparo, para evitar que el TC se pronuncie sobre eventuales vulneraciones de derechos fundamentales cuando los órganos judiciales tienen todavía la ocasión de reestablecerlos²⁰. Tanto es así, que ni siquiera se admite el planteamiento simultáneo cuando el argumento en que se apoya esta estrategia procesal es la posibilidad de desgajar los motivos de impugnación y denunciar, en la demanda de amparo, vulneraciones de derechos previamente invocados en el procedimiento, y en el escrito de interposición del incidente, lesiones imputables exclusivamente a la resolución que le pone fin (STC 208/2009, FJ 3). Y es que, de todos modos, el planteamiento simultáneo de amparo e incidente suele fundarse en las dudas relativas a la procedencia o no del último. Dudas netamente comprensibles a juzgar por la errática jurisprudencia constitucional.

En todo caso, no cabe presentar simultáneamente la misma queja a través de un incidente de nulidad de actuaciones y de un recurso de amparo porque, llegando este dato a conocimiento del TC, el amparo será siempre inadmitido por prematuro, y no es imposible, aunque tampoco habitual, que una nueva visita al TC, una vez resuelto el incidente, acabe viéndose frustrada por la oposición de un óbice de extemporaneidad del amparo, al considerarse improcedente el incidente de nulidad (ATC 35/2011)²¹. Por tanto, solo procede interponer el incidente cuando sea preceptivo. Pero ¿cuándo lo es?

1.3. *Procedencia o improcedencia del incidente de nulidad de actuaciones*

Como resume Carrasco Durán (2013), el incidente resultará improcedente cuando sea posible presentar recurso de súplica o de apelación contra la actuación impugnada y, por tanto, existan recursos ordinarios (o extraordinarios) a

²⁰ El TC no siempre conoce en fase de admisión esta circunstancia porque el recurrente no la pone de manifiesto, pero la misma se revelará en caso de darse trámite al recurso de amparo, cuando el TC recabe del órgano que dictó el acto recurrido testimonio de las actuaciones (art. 51.1 LOTC). No es infrecuente que esta cuestión adquiera relieve en sentencia y, eventualmente, conduzca a la inadmisión del amparo en ese momento: SSTC 99/1993, 201/2000, 85/2004, 188/2006, 220/2008 y 76/2009.

²¹ Contra este criterio véase el voto particular de Tomás Vives Antón a la STC 189/2002.

disposición del recurrente; cuando este pretenda plantear nuevamente vulneraciones de derechos que ya hayan sido objeto de debate en el proceso previo y, por tanto, haya existido la posibilidad de denuncia previamente; o cuando la imputación de la lesión no pueda ser atribuida al órgano judicial ante el que se interpone el incidente.

Pero determinar quién es el agente a quien imputar la lesión, cuándo una vulneración de derechos puede ser atribuida en exclusiva a la resolución que pone fin a la vía judicial, cuándo una invocación del art. 24 CE no es instrumental de una pretensión de fondo ya ventilada, o si un problema de interpretación y aplicación de la Constitución ha sido ya objeto de pronunciamiento en la vía judicial ordinaria, no siempre es tan sencillo. Y de ello da prueba la voluble jurisprudencia constitucional sobre la procedencia o improcedencia de los incidentes de nulidad.

- a) El efecto reflejo de la admisión del incidente y la incomunicabilidad del vicio de falta de agotamiento

Pese a las fluctuaciones interpretativas del TC respecto de la procedencia o no del incidente en determinados casos, sí se mantiene como regla inalterada lo que podríamos denominar el «efecto reflejo de la admisión del incidente». El TC no va a contradecir la valoración positiva hecha por el órgano judicial de instancia sobre la viabilidad del incidente de nulidad, sea esta correcta o no²². Ello supone que cuando un incidente es admitido a trámite, analizado y resuelto por el órgano judicial, se rechazará siempre una presunta extemporaneidad del recurso de amparo con fundamento en la improcedencia de la vía incidental (entre otras, SSTC 148/2003, 20/2004, 131/2004, 246/2005, 85/2005, 127/2005, 47/2006, 6/2009, 76/2009, 66/2011, 195/2015 y STC 39/2016). Ahora bien, el «efecto reflejo» no se proyecta en sentido contrario, de modo que no se considera relevante para admitir o reconocer la procedencia del incidente el hecho de que el órgano judicial lo haya inadmitido *a limine* sobre la base de su absoluta improcedencia (STC 145/2015).

También se expresa con claridad la regla de que los vicios derivados de la falta de interposición de un incidente de nulidad no se comunican a la totalidad de las invocaciones formuladas en la demanda, sino solo a los vicios que, imputándose a la resolución que pone fin al procedimiento, no hayan sido objeto del planteamiento de un incidente de nulidad (SSTC 117/2016, 131/2016 y 14/2017).

²² Critica esta «abdicación» de funciones del Tribunal Durán Alba (2016: 308).

b) El órgano judicial como «agente» de la vulneración

El primer párrafo del art. 241 LOPJ establece que cabe interponer incidente de nulidad siempre que no haya podido plantearse la queja antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Ahora bien, pese a la aparente claridad del precepto, el mismo puede inducir a equívoco en determinados supuestos concretos, en los que la propia posición del órgano jurisdiccional como agente de la lesión o como garante de los derechos fundamentales en liza resulta compleja. Estos supuestos tienen que ver, fundamentalmente, con los amparos mixtos, en los que a una lesión provocada por un órgano gubernativo (art. 43 LOTC) se añade la lesión provocada autónomamente por el órgano jurisdiccional (art. 44 LOTC), y con las lesiones de derechos fundamentales identificadas en las relaciones entre particulares, que se traducen, para asegurar la garantía de los derechos, en lesiones provocadas por el órgano judicial (art. 44 LOTC). En estos supuestos la discusión sobre el derecho sustantivo en liza está presente desde el inicio del procedimiento judicial, de modo que la queja relativa a la lesión se ha planteado, en mayor o menor medida, ante el órgano judicial. Pero la posición del órgano judicial como «agente» de la vulneración induce a equívocos sobre la necesidad de darle una oportunidad de enmienda a través de la interposición del incidente de nulidad.

A este respecto cabe una interpretación objetiva centrada en determinar si el órgano jurisdiccional que pronuncia la resolución que pone fin al proceso garantiza o no el disfrute del derecho fundamental que se invocará como objeto del incidente y/o del amparo. Si no lo hace cabe interponer incidente. Del otro lado, una interpretación material o finalista, centrada en la naturaleza del incidente como mecanismo para asegurar que en sede judicial ordinaria se controvierta sobre la vulneración denunciada, llevaría a considerar innecesario el incidente, porque la deliberación habrá tenido lugar en alguna de las instancias de la jurisdicción ordinaria.

En la jurisprudencia constitucional se encuentran ejemplos de ambas opciones interpretativas, que no dejan de referirse a supuestos excepcionales, sin que hasta la fecha pueda calificarse una de las dos como predominante, y pudiéndose identificar además variaciones diversas en torno a cada una de las dos.

La primera línea hermenéutica enfatiza la posición de los órganos judiciales como agentes de la lesión denunciada, y en ello se basa para entender que quien causa la lesión con carácter primario o de forma secundaria o derivada, reviviendo una lesión previa que otro órgano judicial había corregido, es quien está llamado a repararla para garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo.

Esta posición se vincula esencialmente al examen de admisibilidad de amparos que plantean la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales y al de los amparos formalmente mixtos, pero materialmente adscritos al art. 43 LOTC.

El ATC 200/2010 se pronuncia sobre la inadmisibilidad del recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del TS por supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], al no haberse interpuesto el preceptivo incidente de nulidad. La recurrente en amparo había sido objeto de una demanda civil por vulneración del derecho fundamental al honor de otra persona (art. 18.1 CE) y, tanto en primera instancia como en apelación, se había desestimado la demanda al entender los órganos judiciales que la recurrente en amparo había hecho uso, dentro de los límites constitucionalmente admisibles, de su derecho a la libertad de expresión al referirse al actor. Pero el TS anuló las resoluciones previas entendiendo que sí se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor en el proceso civil. El TC sostiene en este caso que, antes de acudir en amparo *ex* art. 44 LOTC, la recurrente debió interponer el incidente de nulidad porque solo al TS resultaba imputable la lesión en la medida en que el resto de resoluciones judiciales le habían sido favorables. Ahora bien, la discusión de fondo, desde el principio, había girado en torno a los límites de los derechos de la personalidad determinados por la libertad de expresión.

En este caso el TC se ve obligado a reconocer algo a todas luces evidente: que el incidente de nulidad resultante de la reforma en 2007 no se adapta bien a los procedimientos que tienen su origen en vulneraciones de derechos entre particulares, porque en estos casos el derecho sustantivo está en el debate procesal desde el planteamiento de la demanda en primera instancia, de modo que nunca se daría el presupuesto legal de que la lesión no hubiera podido denunciarse antes de recaer resolución firme que ponga fin al proceso, por lo que en estos supuestos el incidente quedaría reducido a la garantía de los derechos del art. 24 CE. Si bien se puede estar de acuerdo con esta valoración, quizá alguna matización sea necesaria. Que el incidente resultante de la reforma de 2007 permita invocar la lesión de cualquier derecho fundamental no quiere decir que siempre tenga que existir esa posibilidad en todo tipo de procedimientos, sea cual sea el contenido material de los mismos o la controversia suscitada. El TC, sin embargo, entiende en este auto que si la ley ofrece la posibilidad, esta no puede quedar condicionada o reducida por el ámbito material de la controversia llamada a dirimirse en cada procedimiento²³.

²³ Carrasco Durán (2013) critica esta línea doctrinal afirmando que podría entenderse que el TC ha querido enmendar la plana al legislador al formular una interpretación del art. 241 LOPJ que no se deriva directamente del mismo.

Ante un problema equivalente relativo a un conflicto entre derecho a la propia imagen y libertad de información, la STC 17/2012 adopta una solución distinta. En este caso todas las resoluciones judiciales recaídas, en instancia, apelación y casación, dan prevalencia al derecho a la propia imagen sobre el derecho a la libertad de información, y siendo todas ellas coincidentes, no se exige al recurrente en amparo el planteamiento adicional del incidente de nulidad para agotar la vía previa al amparo porque no se puede imputar la lesión exclusivamente al órgano judicial que se pronuncia en último lugar. Pareciera entonces que la exigencia del incidente queda condicionada al sentido de las resoluciones recaídas en las sucesivas instancias judiciales, tal y como se reconocerá abiertamente en la STC 176/2013. El casuismo, por tanto, es amplio, y de ello da buena prueba la STC 7/2014, que resuelve dos amparos acumulados. En el núm. 3082-2012, la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) se imputa a la sentencia estimatoria de la Sala Primera del TS, que casó las sentencias de las instancias previas estimatorias de la lesión del derecho a la intimidad de los demandantes. En el recurso núm. 3517-2012, la sentencia del TS confirma la de apelación revocatoria de la de instancia, que había declarado la lesión del derecho a la intimidad de las demandantes. En el primer caso se interpuso incidente de nulidad y en el segundo no, y ambas opciones fueron validadas por el TC.

Algo más complejo es el análisis de la doctrina surgida en torno al conocimiento de amparos formalmente mixtos, pero cuya invocación principal se refiere a lesiones provocadas por la administración pública. En el caso de los amparos *ex art. 43 LOTC* resulta evidente la improcedencia del incidente de nulidad, puesto que no se imputa lesión alguna a los órganos jurisdiccionales que intervienen en el procedimiento contencioso administrativo previo al amparo, y ello incluso aunque sea única la instancia destinada a controlar el acto administrativo (STC 10/2017 y AATC 164, 165, 181 y 192/2016 y 1/2017). Si se califica como mixto un amparo, es posible que sea necesario interponer incidente imputada la lesión al órgano que se pronuncia en último término. Pero si la calificación es incorrecta, lo que sucede en muchas ocasiones, y se atribuye naturaleza mixta a un amparo que lo es solo contra actos de la administración, ello puede suponer que la interposición de un eventual incidente sea improcedente. Y si la calificación incorrecta procede del TC, entonces podría ser la ausencia de planteamiento el óbice de procedibilidad del amparo. Veamos algún ejemplo.

Las SSTC 41 y 57/2014 inadmiten dos recursos de amparo calificados como mixtos por su carácter prematuro. El problema de fondo, relativo al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia frente a la obligación de cursar «educación para la ciudadanía», se había planteado ya en la

impugnación de las resoluciones administrativas que dieron origen al procedimiento, anuladas en primera instancia y restablecidas en sede casacional. El TC asume que el TS ha reactivado esa lesión al confirmar la resolución administrativa combatida frente al criterio judicial previamente manifestado. En realidad, el razonamiento realizado por el TC es más complejo al verse obligado a justificar el carácter mixto del amparo, a pesar de que la demanda, si bien criticaba la argumentación del TS, no denunciaba vulneración alguna del art. 24.1 CE²⁴. Considerado mixto el amparo, y atribuida una vulneración autónoma a la sentencia del TS, se considera exigible la interposición del incidente para dar por bien agotada la vía judicial previa al amparo.

También en relación con la demanda de reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia extramuros de lo dispuesto en el art. 30.2 CE, la STC 145/2015 confirma la procedencia de un incidente, inadmitido por el órgano judicial frente a la sentencia confirmatoria de una sanción administrativa impuesta a un farmacéutico que no disponía en su establecimiento de anti-conceptivos de urgencia. Esta vez sí, la demanda contenía una denuncia expresa de vulneración del art. 24 CE, pero los antecedentes de la sentencia permiten afirmar que tampoco se trataba de un amparo mixto, puesto que la alegación del art. 24.1 CE era meramente instrumental de la invocación del art. 16 CE al limitarse a imputar vicios procesales a la sentencia asociados al desacuerdo con la argumentación en ella contenida.

Valida también la interposición de un incidente de nulidad dudoso la STC 77/2015, resolutoria de un amparo mixto en el que se cuestionaba la diferencia de trato en la aplicación de bonificaciones fiscales dispensada por la Administración Tributaria a las familias numerosas inscritas y las no inscritas (art. 14 CE en relación con el art. 39 CE). Los recurrentes —progenitores de una familia numerosa no inscrita— habían interpuesto incidente de nulidad contra la STSJ de Madrid que validó la resolución de la Agencia Tributaria, contra el criterio del Tribunal Económico-Administrativo. Si bien el incidente fue inadmitido a trámite, el TC consideró que la vía judicial previa había sido correctamente agotada.

c) La existencia efectiva de debate constitucional en sede ordinaria

El TC también ha adoptado una perspectiva material o finalista a la que se hacía referencia al inicio de este apartado, teniendo en cuenta, para valorar

²⁴ Durán Alba (2016:312) se refiere, sin eufemismos, a la reconstrucción de la demanda por parte del Tribunal Constitucional.

la pertinencia del planteamiento del incidente, si se ha producido o no en sede jurisdiccional ordinaria el debate de fondo sobre el alcance y los límites del derecho fundamental que se invoca en amparo. De modo que si los órganos judiciales que han intervenido en dicho procedimiento han tenido ocasión de fijar una posición en relación con el tema sobre el que está llamado a pronunciarse con carácter subsidiario, será innecesario plantear el incidente de nulidad, porque en estos casos habría ya quedado a salvo el principio de subsidiariedad del recurso de amparo²⁵.

La STC 176/2013, que resuelve un conflicto entre derechos de la personalidad (propia imagen) y derechos informativos, plantea un escenario idéntico al del ATC 200/2010. Pero en este caso el TC entiende que ha sido correctamente agotada la vía judicial previa pese a no haberse interpuesto incidente, ya que en sede jurisdiccional ordinaria el objeto central de controversia había sido el mismo que se plantea como objeto material del amparo, de modo que el incidente de nulidad, si bien pudo considerarse como «formalmente procedente», hubiera sido materialmente inútil por cuanto pedía al órgano judicial que se retractase sobre el fondo de lo ya resuelto.

La STC 216/2013²⁶ revisa en un *obiter dicta*²⁷ la conclusión alcanzada por el ATC 200/2010, afirmando que la subsidiariedad del amparo queda garantizada una vez que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales invocados en amparo. A pesar del cambio de criterio, la sentencia limita los efectos del mismo a los supuestos en que el objeto del proceso en la jurisdicción ordinaria consista en el estudio de la lesión directa del derecho, como sucede en los asuntos de vulneración de derechos entre particulares o por parte de la administración pública.

²⁵ Esta doctrina es criticada por quienes le imputan un retroceso respecto de la preservación del carácter subsidiario del amparo y del papel de los órganos de la jurisdicción ordinaria como garantes naturales de los derechos. Véase Lozano Cutanda y Cerdón Moreno (2014).

²⁶ Comentada por Carretero Sánchez (2014) y Lozano Cutanda y Cerdón Moreno (2014).

²⁷ El Tribunal desestima el óbice procesal de prematuridad del amparo entendiendo que la exigencia de plantear el incidente derivada del ATC 200/2010 no puede ser exigible en el marco de un recurso de amparo interpuesto con anterioridad a su dictado. Se constata que el asunto resuelto por aquel auto no coincide con el que se plantea en este caso, porque la resolución del TS y del juzgado son aquí coincidentes y por tanto la lesión denunciada no es atribuible *ex novo* a la sentencia que cierra la vía judicial previa al amparo. El cambio de criterio jurisprudencial no es determinante en la decisión adoptada.

Este planteamiento hermenéutico se aplicará en las SSTC 7/2014²⁸, 19/2014, 79/2014 y 18/2015, que resuelven conflictos entre los derechos del art. 20 CE y derechos de la personalidad (art. 18 CE); en la STC 46/2014, que proyecta la modificación de criterio a los recursos de amparo mixtos; y en la más reciente STC 21/2017, que aplica la fundamentación de la STC 216/2013 para considerar innecesario el planteamiento de un incidente contra la sentencia que, en el orden jurisdiccional social, confirma enalzada un comportamiento empresarial considerado lesivo de derechos fundamentales por el recurrente en amparo y por la sentencia de primera instancia.

- d) La interposición del incidente de nulidad contra resoluciones que, a su vez, fueron objeto de un recurso de casación inadmitido a trámite

Este apartado recoge un supuesto atípico pero no infrecuente, en particular en recursos de amparo que observan el desarrollo de la vía judicial previa en la jurisdicción social, siendo el ejemplo más reciente el que recoge el auto 135/2017. Este, desestimando un recurso de súplica planteado por el Ministerio Fiscal, entiende inadecuadamente agotada la vía judicial previa al no haberse interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones contra una de las resoluciones intermedias del procedimiento, concretamente la que resuelve el recurso de apelación que será objeto, posteriormente, de un recurso de casación y que, además, será el objeto directo y principal del recurso de amparo. Siguiendo, como el propio auto apunta, la doctrina contenida en las SSTC 39/2003, 265/2006 y 169/2013, el auto entiende que en supuestos de inadmisión por la, en este caso, Sala Cuarta del Tribunal Supremo, del recurso de casación para la unificación de doctrina es necesario interponer un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial de suplicación al que se imputa la lesión del derecho fundamental, para que, una vez inadmitida una casación que no era, en todo caso, manifiestamente improcedente²⁹, se dé la oportunidad, de nuevo, al órgano judicial ordinario, para que repare la lesión de derechos fundamentales invocada en amparo. Esta doctrina parece ser la finalmente acuñada por el propio

²⁸ Si bien esta sentencia reconoce el cambio de doctrina, opta por acudir al ATC 200/2010 para no penalizar a unos recurrentes que interpusieron sus recursos antes de que se pronunciara la STC 216/2013.

²⁹ El Tribunal viene entendiendo —véase por todas, en este sentido la STC 56/2008— que la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo no comporta que su interposición haya de tenerse por manifiestamente improcedente o dilatoria.

Tribunal Supremo, que en su auto de 11 de diciembre declara expresamente (FJ 5.3) que si el recurso de casación se admite «es en ese momento, y esto es lo novedoso de la resolución que dictamos, cuando se puede afirmar la imposibilidad de interponer recurso ordinario o extraordinario contra la resolución judicial impugnada». Por tanto, «es esta resolución [...] la que abre la posibilidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones». En definitiva, y como apunta Triana Reyes (2018), en los casos en que la lesión de derechos se imputa a una resolución judicial, antes de interponer recurso de amparo el Tribunal Supremo estima necesario el planteamiento del correspondiente recurso de casación y, en caso de inadmisión del mismo, la formulación del incidente de nulidad de actuaciones. Habrá que esperar a que el TC se pronuncie al respecto. No obstante, no parece aventurado pensar que a partir de ahora la preceptividad del incidente en estos casos será la regla, y no la excepción.

2. EL PRONUNCIAMIENTO RESOLUTORIO DEL INCIDENTE COMO OBJETO DEL AMPARO

A pesar de su tradicional posición en contra, el TC asume hoy que las decisiones resolutorias del incidente son susceptibles de vulnerar derechos autónomamente³⁰.

Cuando el órgano judicial no reparó la lesión denunciada en el incidente, su inadmisión o desestimación puede ser «objeto complementario» del recurso de amparo, al atribuirse a la providencia o auto resolutorio la misma lesión que fue objeto del propio incidente. En estos supuestos el TC niega dimensión constitucional a la queja por no suponer una denuncia diferenciada en amparo³¹.

Por su parte, los citados autos o providencias pueden ser considerados «objeto mixto» del amparo al imputarles la lesión del derecho objeto del incidente y, generalmente, una lesión autónoma de alguna vertiente del art. 24.1 CE o del art. 14 CE³².

³⁰ Originariamente, el criterio sostenido fue el contrario (AATC 24/2010, 19/2011 y SSTC 107/2011 y 25/2012), siendo este corregido en la STC 153/2012 y posteriormente retomado en algunos pronunciamientos. A esta doble posición se refiere Beladiez (2015: 452), tomando partido por la primera.

³¹ SSTC 107/2011, 153/2012, 169/2013, 113/2014, 167/2014 y 16/2016. En sentido contrario véase la STC 101/2015, que vincula la inadmisión del incidente a la lesión mediata de los derechos que se invocaron al plantearlo.

³² SSTC 51/2010, 169/2013, 101/2015, 152/2015, 180/2015, 186/2015, 232/2015, 136/2016 y 75/2017.

Finalmente, la resolución judicial resolutoria del incidente puede ser «objeto exclusivo»³³ de la demanda de amparo cuando se le atribuya una lesión autónoma de un derecho fundamental, y por tanto desvinculada de la lesión denunciada al plantear el incidente. Esta formulación del amparo rompe la lógica de continuidad que se establece entre ambos instrumentos de garantía, a pesar de lo cual es aceptada por la STC 153/2012.

Hacer del incidente el objeto del recurso de amparo supone asumir que las cuestiones que se plantean en estos supuestos tienen especial trascendencia constitucional pese a referirse a la lesión de derechos que se definen por una jurisprudencia amplia, consolidada y poco controvertida. Por tanto, es la aplicación de esos derechos al ámbito específico del incidente lo que dota de especial trascendencia a los amparos, así como la voluntad evidente del TC de aclarar tanto el alcance y posición que ocupa el incidente de nulidad en nuestro sistema de garantía de los derechos fundamentales como el lugar que en el mismo corresponde a los órganos jurisdiccionales³⁴.

2.1. *Derechos fundamentales vulnerables en la resolución de los incidentes de nulidad*

Como regla general derivada de la práctica, la demanda de amparo que se opone a la inadmisión o desestimación de un incidente —de forma complementaria, mixta o exclusiva— imputa al órgano judicial competente para su resolución la lesión bien del derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE)³⁵, bien del derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada y no incurso en incongruencia, irrazonabilidad y arbitrariedad (art. 24.1 CE)³⁶. Siendo esto así, el canon aplicable para resolver los amparos es el asociado al derecho de acceso a los recursos, por más que el TC reconozca que el incidente no es recurso en sentido estricto (STC 9/2014, FJ 5). Canon aquel que, a su vez, está estrechamente conectado con el formulado en torno al derecho a obtener una resolución no incurso en incongruencia, irrazonabilidad y arbitrariedad³⁷. Pero se trate de

³³ SSTC 153/2012, 9/2014, 113/2014, 204/2014, 91/2015, 96/2015, 98/2015, 142/2015, 208/2015, 23/2016, 150 y 151/2016, 5 y 6/2017 y ATC 108/2016.

³⁴ Por eso la causa formal de especial trascendencia identificada en estos casos es la contenida en la STC 155/2009, FJ 2 e): SSTC 96/ 2015, 98/2015, 101/2015, 180/2015, 142/2015 y 186/2015.

³⁵ Hacen hincapié en esta vertiente del derecho las SSTC 9/2014, 96 y 98/2015.

³⁶ SSTC 204/2014, 101/2015, 142/2015, 180/2015 y 186/2015.

³⁷ Por todas las SSTC 258/2000, 314/2005, 57/2006 y 22/2007.

uno u otro derecho³⁸, el TC ha fijado algunas pautas específicas para valorar el ajuste de la providencia o auto que resuelve el incidente a las exigencias de motivación derivadas del art. 24.1 CE.

El órgano judicial debe realizar una interpretación restrictiva de los motivos de inadmisión del incidente. Una deficiente salvaguardia jurisdiccional de los derechos invocados puede dejar al recurrente sin protección cuando las vulneraciones denunciadas carecieran de trascendencia constitucional (SSTC 9/2014, 101/2015 y 186/2015). Además, se debe tramitar el incidente salvo que se den causas de inadmisión *a limine*, en cuyo caso podrá inadmitirse mediante motivación sucinta (STC 98/2015, FJ 3), siempre teniendo en cuenta que es preferible justificar la inadmisión en motivos de fondo y no en razones formales o en su defectuosa interposición (STC 76/2012, FJ 2).

La motivación ha de ser así suficiente como para conocer la *ratio decidendi* que conduce al órgano judicial a inadmitir o desestimar el incidente, y la exigencia deviene en demanda de motivación reforzada (STC 43/2010) en el momento en que se excluyen de la misma los siguientes argumentos: no encontrarse la petición incurso en las causas del art. 241.1 LOPJ o del 228.1 LEC, por insuficiente (SSTC 204/2014 y 98/2015); la preservación de la economía procesal, por ser incompatible con el papel de jueces y tribunales en la defensa de los derechos tras la reforma de 2007 (STC 43/2010); la posibilidad de acudir al recurso de amparo, por evidenciar la inhibición de funciones del órgano judicial como primer garante de los derechos (SSTC 107/2011 y 153/2012); la exclusión del vicio de incongruencia omisiva del ámbito de aplicación del incidente, por realizar una interpretación irrazonable de la legalidad (STC 9/2014); la existencia de otros recursos a disposición del justiciable, sin precisar dichos recursos (SSTC 91/2015 y 142/2015); y la inexistencia de defectos de forma causantes de indefensión o de vulneraciones de derechos fundamentales y la mera disconformidad con la interpretación sin ulteriores explicaciones, por resultar argumentos insuficientes (STC 96/2015).

Sin embargo, sí es posible inadmitir un incidente de nulidad recurriendo al argumento de su inviabilidad por reiterar indebidamente lo ya planteado y resuelto en instancias previas (STC 205/2007 y 98/2015).

Adicionalmente, cabe citar tres ejemplos en que la lesión autónoma provocada por quien resuelve el incidente se refiere a otros derechos, como el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (STC 152/2015), en un supuesto en que se alteró arbitrariamente la composición de la Sala llamada a

³⁸ En ocasiones la referencia a ambos derechos se encuentra tan interrelacionada que no es posible distinguir con claridad a que dimensión se da más peso: SSTC 153/2012, 2/2013, 9/2014 y 204/2014.

resolver el incidente; el principio de igualdad en la aplicación de la ley (STC 113/2014), asociado a la resolución distinta y sin justificación de tres incidentes de nulidad planteados por el mismo recurrente y en relación con supuestos idénticos; y el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 208/2015), al privarse al recurrente del acceso al incidente por una resolución del letrado de la Administración de Justicia.

2.2. *Alcance del amparo cuyo objeto es el incidente de nulidad*

El problema fundamental asociado al alcance de las sentencias de amparo que hacen de la resolución del incidente su objeto único se refiere al hecho de que la eventual estimación del recurso no supondrá más que la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la providencia o del auto que inadmitió o que desestimó el incidente, y ello para que el órgano judicial dicte nueva resolución judicial resolviéndose en forma legal dicho incidente³⁹. Pero el derecho cuya protección se buscaba al interponer el incidente, ese queda extramuros de la intervención del TC, que, para garantizar su posición subsidiaria, puede generar situaciones difícilmente calificables.

Si una sentencia de amparo declara la lesión de derechos provocada por el pronunciamiento resolutorio del incidente y devuelve el procedimiento a esa fase procesal, pero el órgano judicial de instancia vulneró además un derecho fundamental sustantivo del justiciable, la devolución del procedimiento le da la opción de reparar la lesión pero no le impone la obligación de hacerlo, pudiendo así inadmitir el incidente por una razón distinta o limitarse a motivar adecuadamente la inadmisión o la desestimación de la nulidad. En cualquiera caso, podría no repararse la lesión sustantiva, y aunque es cierto que siempre queda abierta la opción de volver a interponer un amparo, esta posibilidad no merece una valoración excesivamente positiva en términos de eficiencia procesal.

Finalmente, el alcance del pronunciamiento se ve limitado también por el respeto al principio de justicia rogada constitucional, puesto que el TC no puede reconstruir de oficio las demandas de amparo (SSTC 93/2002, 128/2003, 346/2006 y 89/2010). Si el objeto exclusivo del amparo es la inadmisión o desestimación del incidente, el pronunciamiento constitucional no debe ir más allá. Y quizá, entonces, lo razonable sea plantearse la inadmisión de los amparos con este objeto limitado, habida cuenta de la ausencia de efecto útil del recurso en estos casos. O, si no, tal vez quepa valorar una extensión del alcance del pronunciamiento del TC. En las SSTC 91/2015 y 142/2015, se declara la lesión del

³⁹ SSTC 9/2014, 204/2014, 91/2015, 96/2015 y 98/2015.

derecho a la motivación de las resoluciones judiciales por la inadmisión a trámite del incidente de nulidad, y al retrotraer las actuaciones se condiciona la respuesta motivada exigida al órgano judicial, insinuándole que debe admitir el incidente para, en su caso, desestimarlos por motivos de fondo. En este caso, el efecto útil del recurso de amparo sigue siendo ciertamente muy limitado, pero abre la puerta a la formulación de razonamientos más sofisticados.

Pese a lo dicho, pueden existir supuestos en que el planteamiento autónomo impugnatorio de la resolución del incidente sea la única forma de abordar el problema de fondo. Pero se tratará de supuestos excepcionales, como el que resuelve la STC 208/2015⁴⁰, que aborda una cuestión relativa a la constitución de las relaciones jurídico-procesales en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que un comprador, y por tanto titular de la finca, inscribe su adquisición tras el inicio del procedimiento y no tiene acceso al mismo hasta la interposición de un incidente de nulidad que resulta inadmitido. En este caso la retroacción de actuaciones permite al juez ordinario, que nunca conoció del incidente, pronunciarse sobre la admisibilidad del mismo y, existiendo doctrina constitucional suficiente en materia de personación en este tipo de procedimientos de ejecución hipotecaria, eventualmente estimarlo y dar audiencia a la titular de la propiedad sujeta a ejecución hipotecaria.

Cuestión distinta, mereciendo mejor valoración en términos de eficiencia procesal, es la relativa a los supuestos en que el incidente se define como objeto mixto del amparo. En estos casos el TC aborda primero las lesiones imputadas a los pronunciamientos anteriores para, en caso de no apreciar lesión, centrarse en la invocación relacionada con el incidente, siendo ejemplo de ello la STC 180/2015. En esta sentencia, que estima exclusivamente el amparo en lo referido a la vulneración del derecho de acceso al recurso provocada por la indebida inadmisión del incidente de nulidad, el fallo estimatorio retrotrae las actuaciones hasta el momento anterior a que se dictara la providencia de inadmisión del incidente para que se pronuncie nueva resolución, una resolución que, previsiblemente, será desestimatoria habida cuenta de la desestimación del resto de motivos del amparo que se referían a la resolución de instancia contra la que se interpuso el incidente. Otra posibilidad es que el TC aprecie la lesión de derechos imputada a las resoluciones judiciales que preceden a la interposición del incidente de nulidad, en cuyo caso no tiene necesidad de pronunciarse sobre la lesión vinculada a la resolución del incidente (SSTC 51/2010, 232/2015, 186/2015, 50/2017, 75/2017 y 104/2017), aunque tampoco hay nada que le impida hacerlo (SSTC 152/2015 y 101/2015).

⁴⁰ Un antecedente digno de mención, pero en el que no nos detendremos, es la STC 154/2007.

IV. CONCLUSIONES

La finalidad declarada por el legislador orgánico de 2007 al reformular el incidente de nulidad de actuaciones fue reforzar el papel de los jueces y tribunales ordinarios como garantes naturales de los derechos. Esta pretensión ha tenido un claro reflejo en la jurisprudencia constitucional, con la que nuestro Alto Tribunal sigue recordando a los órganos de la jurisdicción ordinaria que el incidente de nulidad será la última vía de la que disponga el justiciable para reparar la vulneración denunciada si el caso no tuviera especial trascendencia constitucional⁴¹.

Pero no está claro que esta finalidad se haya alcanzado, al menos si se tienen en cuenta el escaso número de incidentes de nulidad estimados; el elevado número de demandas de amparo que siguen siendo presentadas, incluso después de haberse planteado el preceptivo —o no— incidente de nulidad de actuaciones; y la dificultad manifiesta de invocar por la vía del incidente de nulidad derechos sustantivos.

En cierta medida, el carácter excepcional del incidente explica que sean anecdóticos los casos en los que no se haya podido denunciar la presunta vulneración de un derecho sustantivo con carácter previo a la resolución que pone fin al proceso, y en los supuestos en que tal denuncia es posible, lo que parece existir es una evidente reticencia de los órganos judiciales —al menos del TS— a formular una interpretación flexible y/o extensiva de su propia competencia en relación con este proceso incidental. Tampoco es difícil entender otras críticas de las que ha sido objeto el «nuevo» incidente, como las relativas a su carácter no devolutivo. Los jueces y tribunales ordinarios se muestran especialmente reacios a la hora de estimar la nulidad en los supuestos en los que la apreciación no depende de factores objetivos, sino de un verdadero juicio de ponderación (Ledesma, 2015: 119-120). Y no puede negarse que la errática jurisprudencia constitucional en materia de procedencia o improcedencia del incidente ha jugado en contra de la seguridad jurídica de los justiciables, que afrontan el incidente como una prueba de pericia procesal que ha de ser superada antes de intentar siquiera el acceso al amparo constitucional, y jamás como un instrumento adicional de garantía de sus derechos. La articulación de las relaciones entre el «nuevo incidente» y el recurso de amparo constitucional parece así venir determinada por las circunstancias concurrentes en cada caso, es decir, por una casuística inabarcable.

Las posibilidades de reforzar la tutela ordinaria de los derechos por la vía de la ampliación del ámbito de aplicación del incidente fueron muy reducidas

⁴¹ SSTC 155/2009, 43/2010, 107/2011 y 153/2012.

desde el principio, y ello en buena medida como consecuencia del vano intento de dotar a este expediente procesal de una naturaleza jurídica extraña por completo a la que tradicionalmente se le atribuyó en el seno de nuestro ordenamiento. Esa variación de la naturaleza del incidente, a la que no ha ido aparejada una regulación procesal que la acompañe, hace perder eficacia a los fines que pretendía la reforma. Si el incidente es una nueva garantía de los derechos en la vía jurisdiccional ordinaria, una garantía alternativa al amparo, su diseño procesal no responde a la finalidad perseguida. Por su carácter no devolutivo y la reticencia de los órganos judiciales a revisar sus propios actos. Y porque la ampliación material de su objeto no se corresponde con una ampliación real de los motivos de impugnación, al limitarse el recurso a las lesiones producidas por los órganos judiciales y no abarcar las lesiones no reparadas por los mismos órganos. Quizá una prueba más de su inadecuada regulación sea el vano intento de acudir al incidente como mecanismo para asegurar la ejecución de sentencias del TEDH en órdenes jurisdiccionales ajenos al penal (SSTC 30/2017 y 65/2017), cuestión que, sin duda, merecería una atención particular que ahora no podemos darle.

Paradójicamente, sin embargo, el incidente ha sido instrumentalizado por el TC como llave de cierre del amparo, acudiendo al expediente de su procedencia o improcedencia para declarar prematuro o extemporáneo, según los casos, el posterior amparo constitucional. Hemos visto que no resulta fácil conocer los criterios del Alto Tribunal a la hora de valorar cuándo la promoción del incidente es imprescindible para considerar agotada la vía judicial previa, o incluso para valorar cuándo es improcedente. Y esa dificultad, expuesta en las páginas de este trabajo, induce a pensar que el TC «juega» con el incidente de nulidad como causa de inadmisión del recurso de amparo para abordar o no casos «difíciles». Además, buena parte de la doctrina del TC en esta materia es «doctrina oculta», pues se incorpora en providencias de inadmisión que no se publican (Villalvilla Muñoz, 2011: 1059-1061). Dicho de otro modo, la doctrina constitucional conocida no permite diseñar estrategias de litigio con cierta garantía de éxito, y la desconocida... sencillamente no permite diseñar estrategia de litigio alguna. La tarea de reconstrucción interpretativa tanto del incidente de nulidad como del recurso de amparo acometida por el TS y por el TC no arroja un balance de conjunto positivo. O bien la tarea de reconstrucción sigue abierta una década después de la entrada en vigor de la LO 6/2007, dando idea de la complejidad del trabajo o de la falta de una adecuada formulación inicial, o bien los intérpretes no sostienen una exégesis clara y unívoca sobre cómo deben articularse el amparo y el incidente de nulidad. Por tanto, o bien los intérpretes reformulan el cuadro de relaciones entre amparo e incidente y objetivan lo máximo posible la procedencia de este último,

ofreciendo una aproximación expansiva a dicho concepto desde las perspectivas formal y material, o bien el legislador opta por suprimir un instrumento que no alcanzó jamás los fines pretendidos y no vino sino a dificultar el acceso a un recurso de amparo particularmente inaccesible desde la reforma de 2007. La fórmula según la cual «a menos amparo constitucional, más necesidad de garantías jurisdiccionales ordinarias de los derechos fundamentales» parece haberse transformado en un polinomio en el que a menos amparo y más incidente, al final todavía menos amparo. Al final, menos garantías.

Bibliografía

- Aguilera Morales, M. (2013). El incidente de nulidad de actuaciones *ex* artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema. *Revista General de Derecho Procesal*, 31, 1-21.
- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2015). *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme*. Madrid: Dykinson.
- Aragón Reyes, M. (2011). El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo, la función del Ministerio Fiscal. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 371-379.
- Banacloche Palao, J. (2008). La reforma del incidente de nulidad de actuaciones y el pretendido amparo judicial. En C. Banacloche Palao, J. Banacloche Pérez-Roldán, B. Banacloche Palao (coords.). *Justicia y Derecho tributario. Libro homenaje al profesor Julio Banacloche Pérez* (pp. 207-236). Madrid: Wolters Kluwer.
- Beladiez Rojo, M. (2015). La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ. En L. Arroyo Jiménez, M. Beladiez Rojo, C. Ortega Carballo y J. M. Rodríguez de Santiago. *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio* (pp. 439-453). Madrid: Marcial Pons.
- Carmona Cuenca, E. (2005). *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares.
- Carrasco Durán, M. (2013). El incidente de nulidad de actuaciones: problemas y algunas soluciones. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 103-124.
- Carretero Sánchez, S. (2014). Acerca de la nulidad de actuaciones y su complicada clarificación constitucional. *Diario La Ley*, 8291.
- Desdentado Bonete, A. (2007). La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo. En *XII Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional. El futuro de la justicia constitucional* (pp. 23-29). Madrid: CEPC.
- Doig Díaz, Y. (2008). El renovado incidente de nulidad de actuaciones. A propósito de la modificación de la LOTC. *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 46, 38-45.
- Durán Alba, J. F. (2016). Poliorcética del amparo constitucional: asedio y defensa del recurso de amparo en términos procedimentales. En *La Constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes* (pp. 303-321). Madrid: CEPC.

- Fernández Caballero, G. (2012). El incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Teoría e incidencia práctica en el proceso civil tras su modificación por la ley orgánica 6/2007. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 1-83.
- Garriga Ariño, F. (2009). La nulidad de las actuaciones. Evolución de su regulación. En *Realismo jurídico y experiencia procesal: Liber Amicorum Manuel Serra Domínguez* (pp. 537-570). Barcelona: Atelier.
- González Alonso, A. (2012). La tutela de los derechos del art. 24.1 de la Constitución tras la objetivación del recurso de amparo. *CEF Legal*, 139, 59-106.
- Ledesma, P. (2015). La nulidad de actuaciones. En R. Bustos Gisbert, M. Fernández de Frutos y E. Fossas Espalader (dirs.). *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 105-121). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lozano Cutanda, B. y Cordón Moreno, F. (2014). Overruling de la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013). *Diario La Ley*, 8249.
- Megino Fernández, D. (2010). *El incidente de nulidad de actuaciones*. Lisboa: Juruá Editorial.
- Morenilla Allard, P. (2013). De nuevo sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones. *Diario La Ley. Sección Doctrina*, 8089, 2.
- Navarro Massip, Y. (2009). El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso penal y el recurso de amparo: entre la inutilidad y la intrascendencia. *Aranzadi Doctrinal*, 5, 37-48.
- Nogueira Gustavino, M. (2008). Contracciones y dilataciones en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: Parto prematuro del incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva. *Teoría y Derecho*. 3, 206-232.
- Pérez Tremps, P. (2015). *El recurso de amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Richard González, M. (2008). *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*. Pamplona: Aranzadi.
- Triana Reyes, B. (2018). ¿Qué hacer antes de acudir al amparo?: el Tribunal Supremo contesta. *Diario La Ley*, 9129, Sección Tribuna.
- Valdés Dal-Ré, F. (2015). El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 153-167.
- Villalvilla Muñoz, J. M. (2011). El intrincado laberinto del incidente de nulidad y el recurso de amparo. *Anuario contencioso para abogados 2011: los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2010 de los grandes despachos*. Madrid: La Ley, 1051-1064.