

CONTRACCIONES Y DILATACIONES EN LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PARTO PREMATURO DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES E INCONGRUENCIA OMISIVA

Magdalena Nogueira Guastavino

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid y ex Letrada del Tribunal Constitucional

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes: A) El limitado alcance del incidente de nulidad de actuaciones originario y la deformación forense que condujo a su supresión; B) Posición del Tribunal Constitucional ante la inexistencia de una vía reparadora en la jurisdicción ordinaria de la indefensión de rebeldes involuntarios por emplazamientos defectuosos; C) Instauración y posterior perfeccionamiento de un cauce para solventar las nulidades causantes de indefensión por emplazamientos defectuosos que no pudieron hacerse valer antes de recaer resolución firme. 3. El incidente de nulidad en el nuevo milenio: las disfunciones entre la LEC/00 y la LOPJ/03: A) La Ley 1/2000, de 7 de enero, (BOE 8), de Enjuiciamiento Civil como parte de un fracasado “dual paquete legislativo”; B) La reforma de la LOPJ/1985 mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre: disfunciones *intra* e *inter* normativas; C) ¿Prevalencia o incompetencia normativa?; D) Clases de omisiones y cauces legales de reparación; E) Una propuesta de integración 4. La reforma de la LOTC y la ampliación del objeto del incidente excepcional de nulidad de actuaciones: A) La dimensión constitucional del incidente de nulidad de actuaciones: a) Subsidiariedad del recurso de amparo e incidente de nulidad de actuaciones b) Supuestos de lesión múltiple y cauces discordantes de reparación; B) La ampliación del ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones y las razones de una nueva reforma: a) Contracción del recurso

de amparo y dilatación del incidente de nulidad de actuaciones como elementos necesarios para el reequilibrio de las funciones del Tribunal Constitucional, b) La ampliación del incidente a todos los derechos fundamentales con acceso al recurso de amparo: un filtro poroso: 1º. Reforma y múltiple lesión constitucional: se perpetúan las dudas, 2.º Mantenimiento del “incongruente” régimen de las “incongruencias”. 5. Algunas conclusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Se ha afirmado que la evolución del tratamiento procesal de los cauces de protección de la nulidad de actuaciones tras obtener resolución firme no puede haber sido más atormentado (HERRERO ALARCÓN) y que el incidente de nulidad de actuaciones constituye, posiblemente, una de las instituciones más controvertidas en nuestra reciente historia procesal (GARCIMARTÍN MONTERO), lo que no puede más que compartirse cuando se examinan las últimas reformas y retoques sufridos por dicha institución.

La figura del incidente de nulidad de actuaciones entendida en su acepción más clásica, es decir como el tradicional medio diferenciado y autónomo de reparación de defectos de procedimiento causantes de indefensión, ha sufrido una convulsiva evolución que parecía haber quedado zanjada de modo definitivo con la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo la caja de Pandora se abrió con violencia con la aprobación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, provocando enormes disfunciones en su relación con la Ley ritaria común recién aprobada y, en especial en relación con la figura de la incongruencia omisiva. La reciente modificación del incidente de nulidad de actuaciones contenida en la Disposición Final de la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC/07) no sólo no ha contribuido a solventar las dudas jurídicas, sino que abre nuevos interrogantes.

La Exposición de Motivos de la LO 6/2007 justifica la reforma señalando que con ella se persigue básicamente proceder a una reordenación de las funciones del TC para que éste pueda cumplir de modo más eficaz y adecuado con su misión constitucional impidiendo que

el recurso de amparo, al que el Alto Tribunal dedica la mayor parte de su esfuerzo y tiempo, repercuta, como viene haciendo, en detrimento del resto de competencias constitucionales que le son propias. A tal fin, y junto a una reorganización funcional interna para agilizarlo (posibilidad de que las Salas deleguen a las Secciones la resolución de supuestos de mera aplicación de doctrina ya consolidada), se procede a una contracción de las causas de admisión del recurso de amparo y, en íntima conexión con tal opción, a una paralela dilatación del ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones, permitiendo su solicitud por la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE, es decir, aquellos con acceso al recurso de amparo.

Ambas técnicas se entrelazan y se reconocen explícitamente como ingredientes necesariamente vinculados para alcanzar la meta anunciada: “la ley establece una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de los derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex* art. 241 LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria” (Exposición de Motivos de la LO 6/2007, II).

En definitiva, un acceso al amparo más restrictivo y selecto, junto a una ampliación del que venía actuando como mecanismo excepcional de protección y principal filtro para los recursos de amparo sustentados en la vulneración de determinados aspectos muy concretos del derecho procesal fundamental a la tutela judicial efectiva, constituyen los pilares esen-

ciales a los que se confía un nuevo rumbo en la justicia constitucional. Sin embargo, como se verá, y sin perjuicio de que el endurecimiento de la fase de admisión del recurso de amparo probablemente constituya el mecanismo más efectivo para la reordenación de funciones constitucionales proclamada, lo cierto es que la modificación del INA por parte de la LO 6/2007, no sólo técnicamente se erige en una reforma precipitada incurra en incoherencias técnicas, sino que, además, se muestra ineficaz para resolver los problemas que su ampliación pretendía paliar, dejando inalterados algunos de los vigentes más graves. En particular, la problemática que antes de esta reforma provocaba el régimen jurídico de la incongruencia omisiva, como figura cuya viabilidad reparadora en la jurisdicción ordinaria concentraba la mayor parte de las dudas jurídicas suscitadas por el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, sigue impregnada de incertidumbre jurídica. Junto a ello, se siguen sin resolver los problemas suscitados en los casos de doble o multipretensión constitucional a la hora de determinar el momento procesal oportuno en que interponer el recurso de amparo constitucional.

Para demostrarlo, resulta imprescindible recordar rápidamente la evolución del incidente de nulidad de actuaciones y la situación en que nos encontrábamos con anterioridad a la reciente LOTC/07, pues sólo de este modo es posible comprender la complejidad de la situación y el limitado alcance real de la reforma en este concreto aspecto.

2. ANTECEDENTES

A) EL LIMITADO ALCANCE DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES ORIGINARIO Y LA DEFORMACIÓN FORENSE QUE CONDUJO A SU SUPRESIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dedicaba su Título III a la regulación “De los incidentes” y contemplaba la nulidad de ac-

tuaciones como incidente de previo pronunciamiento, es decir, como cuestión a resolver de modo incidental y con carácter previo a la cuestión principal. Le dotaba de carácter suspensivo (arts. 741-745) y lo configuraba como una posibilidad procesal absolutamente inadecuada para declarar la nulidad cuando ya existía una sentencia firme (GUASP).

Pese a ello, y a la censura del TS por su desviada utilización (STS 25 noviembre de 1969), en la práctica se mostró como el cauce excepcional para denunciar defectos procesales ocasionados a consecuencia de emplazamientos defectuosos a rebeldes involuntarios que carecían de cualquier otro medio alternativo de impugnación (VERGÉ GRAU). El conocimiento de una resolución judicial firme contra la que no se pudo ejercer el derecho de defensa, precisamente, por consecuencia directa de una defectuosa citación judicial y cuya reparación quedaba extramuros de otros cauces legales previstos sólo para rebeldes voluntarios, abocó a que algunos órganos judiciales admitieran la vía del incidente de nulidad a tales efectos aun en contra de la Ley. Su defectuosa utilización, cuando no abusiva para beneficiarse de su carácter suspensivo, condujo a su supresión legal mediante la reforma de la LEC/1881 llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en la que se ceñía con claridad la posibilidad de denunciar la nulidad de actuaciones exclusivamente a través de los recursos pertinentes. Opción político-legislativa en la que abundaba un año más tarde la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985, de 1 de julio, (BOE 2 jul) al limitarse a añadir a los recursos la posibilidad de denunciar los vicios “por los demás medios que establezcan las leyes procesales” (art. 240.1 LOPJ), abriendo con ello otras posibilidades tales como su denuncia mediante excepciones procesales, oposiciones al juicio, protesta, impugnación a los recursos, etc.; pero manteniendo huérfanas de protección, por carentes de cauce procesal específico, las situaciones en las que la nulidad no se pudo denunciar con antelación a la sentencia firme, precisamente, por desconocer el justiciable su propia existencia a causa de una deficiente

notificación, es decir, por defectos procesales causantes de indefensión imputables al propio órgano judicial.

B) POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA INEXISTENCIA DE UNA VÍA REPARADORA EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA DE LA INDEFENSIÓN DE REBELDES INVOLUNTARIOS POR EMPLAZAMIENTOS DEFECTUOSOS.

En estos supuestos en los que el defecto procesal no encontraba encaje en los motivos de revisión de sentencias firmes o no cumplía los presupuestos de la audiencia al rebelde (para rebeldes involuntarios citados en forma legal), la única vía que quedaba para reparar la situación de indefensión era acudir al recurso de amparo pues era claro que por quedar afectado gravemente el principio de contradicción se vulneraba manifiestamente el derecho a una tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Al carecer la legalidad ordinaria de un cauce *ad hoc* para denunciar la lesión, el recurso de amparo se erigió en el cauce común de reparación de la tutela judicial efectiva. Precisamente el acceso directo al amparo provocó dudas en torno a la constitucionalidad del art. 240.2 LOPJ pues ello podría significar una falta de desarrollo legislativo del mandato del art. 53.2 CE (exigiendo procedimiento sumario y preferente en la jurisdicción ordinaria con carácter previo al recurso de amparo) y una vulneración consiguiente del carácter subsidiario del recurso de amparo.

La jurisprudencia constitucional transitó por tres soluciones. La primera, realizando interpretaciones asombrosas del art. 240.2 LOPJ e identificando sentencia definitiva con “definitivamente ejecutada” para dotar así de cobijo legal a estos supuestos de nulidad (STC 110/1988, de 8 de junio). La segunda, ante las críticas vertidas y la imposibilidad de mantener dicha tesis, limitándose a declarar que, a pesar de que las decisiones denegatorias sean legalmente correctas y razonables a la vista de la dicción del art. 240 LOPJ, la situación

de indefensión creada lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva cuando en estos casos no se admiten incidentes de nulidad de actuaciones tras sentencia firme; otorgando, por ello, el amparo solicitado (SSTC 211, 212 y 213/1989, todas ellas de 19 de diciembre). El razonamiento esgrimido condujo, como no podía ser de otro modo, a elevar al Pleno una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 240.2 LOPJ por contrario al art. 24 CE y al art. 53.2 CE. La importante STC de Pleno 189/1990, de 15 de noviembre, recoge, precisamente la tercera posición del Alto Tribunal. De modo impredecible, la mayoría del TC opta por una solución de signo contrario al esperado y considera, sin embargo, que el precepto cuestionado no es inconstitucional. En concreto declara que el hecho de que el recurso de amparo constitucional sea el “único y exclusivo recurso frente a situaciones de indefensión causadas por vicios procesales detectados después de la firmeza de la Sentencia, a falta de otros aplicables por los Tribunales ordinarios” no es contrario a la Constitución. Ni al art. 53.2 CE, porque este precepto sólo exige tutela, cualquiera que ésta sea, y no exige dicha subsidiariedad. Ni al art. 24.1 CE pues, aunque a la jurisdicción ordinaria le esté vedada tal posibilidad por imperativo legal, el TC puede anular las Sentencias firmes, otorgando así la tutela requerida. Ni al art. 24.2 CE, por cuanto la prohibición de dilaciones indebidas no se vulnera por el hecho de que el ciudadano tenga la carga de ejercitar sus derechos y pretensiones según los recursos e instancias procesales establecidos por el legislador, en cuyo sistema han de hacerse valer y cuya resolución ha de tener lugar dentro de un plazo razonable.

La STC 189/1990, no obstante, exhortaba al legislador para articular un sistema específico para resolver estos casos y, entre tanto, invitaba a los órganos judiciales a interpretar de modo flexible los remedios de rescisión de la cosa juzgada existentes para permitir la tutela ordinaria de los derechos fundamentales. En especial, en algunas Sentencias posteriores, en relación con la audiencia al rebelde, considera este remedio no sólo procedente, sino exigido

ble incluso como vía previa al amparo (SSTC 310/1993, de 25 de octubre; 134/1995, 25 de septiembre). La proclamada expansión terminó por ser acogida por la jurisdicción ordinaria pero, desde la doctrina científica, obtuvo algún que otro puntual elogio pero, sobre todo, feroces críticas.

C) INSTAURACIÓN Y POSTERIOR PERFECCIONAMIENTO DE UN CAUCE PARA SOLVENTAR LAS NULDADES CAUSANTES DE INDEFENSIÓN POR EMPLAZAMIENTOS DEFECTUOSOS QUE NO PUDIERON HACERSE VALER ANTES DE RECAER RESOLUCIÓN FIRME.

La situación creada llevó doctrinalmente a proponer tres posibles soluciones. La primera, la creación de un proceso sumario y preferente para dotar de tutela jurisdiccional previa al amparo a este tipo de supuestos en que se generaba una indefensión carente de reparación procesal (aunque exponiendo al mismo tiempo sus dudas al respecto DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, 1997). La segunda, mantener la laxa interpretación de los medios de rescisión de la cosa juzgada y existentes o bien proceder a una breve reforma en los mismos a fin de dar protección legal a estos concretos supuestos de indefensión (BORRAJO INIESTA) y, finalmente, la tercera proponía introducir un medio específico adicional de rescisión de sentencias firmes (DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, 1997; GARCIMARTÍN MONTERO).

El legislador optó por la última de las posibilidades descritas con la reforma del art. 240 LOPJ llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 5/1927, de 4 de diciembre. Su Exposición de Motivos dejaba claro que la reforma era consecuencia de la doctrina del TC y ponía de manifiesto que lo único que con ella se pretendía era crear “un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos antes de dictar Sentencia o resolución irrecurrible”.

En su parte articulada y mediante la introducción de dos nuevos párrafos en el art. 240 LOPJ se inauguraba en la legislación procesal una regulación expresa que posibilitaba la reparación de la nulidad de actuaciones cuando se produjesen defectos de forma causantes de indefensión (normalmente por consistir en defectos de notificaciones o emplazamientos que, precisamente por ser conocidos tras la Sentencia firme, impiden a quien los sufre accionar mediante los mecanismos generales de nulidad habilitados en el seno del proceso). El problema es que dentro del ámbito de dicho incidente se añadían también los supuestos de “incongruencia del fallo”; por eso se tenía que precisar “siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer Sentencia o resolución que pusiera fin al proceso y que éstas (en relación con las incongruencias) no sean susceptibles de recurso en el que reparar la indefensión sufrida”.

Las reacciones a la nueva regulación legal no se hicieron esperar y, de nuevo, se revelaron dispares. Así, a favor de su introducción se argumentaba que ello evitaba la inadecuada situación que se había producido hasta el momento en el que la inexistencia de un cauce en la jurisdicción ordinaria abocaba a la interposición directa del recurso de amparo e, incluso, se razonaba que la regulación no sólo resultaba necesaria, sino que se había quedado corta en su alcance al limitar su cobertura a la indefensión y no haber incluido, como hubiera sido más adecuado, la posibilidad de denuncia de otros derechos fundamentales (LARROSA AMANTE, postura que acogerá más tarde la LO 6/2007). Por su parte las críticas se centraban en que las dilaciones indebidas del proceso, por las que la Ley 34/1984, de reforma de la LEC, había suprimido toda vía incidental suspensiva, se permitían e incentivaban de nuevo, señalándose que hubiera bastado bien con una pequeña reforma en el remedio de la audiencia al rebelde o en el recurso de revisión para evitarlas, o con atacar el problema de raíz, reformando seriamente el sistema de notificaciones y emplazamientos para evitar que fuesen los Tribunales los que provoquen la

indefensión que se trata de paliar, en lugar de establecer un proceso incompleto e inseguro (BORRAJO INIESTA).

Cualquiera que fuera la posición doctrinal, existía un punto de convergencia consistente en considerar que la parca regulación legal del incidente generaba problemas no siempre de fácil solución como los derivados de la exclusiva alusión a las partes legítimas para su interposición, lo que provocaba que se quedaran fuera precisamente las verdaderamente afectadas, es decir, las no comparecidas a causa del defecto de notificación; el hecho de que no se estableciera el rango de resolución que debía dictarse por el órgano judicial en las diversas fases de admisión y resolución, ni se indicara si podían ser o no recurridas; o que se silenciara cuál debía entenderse que era la regulación supletoria para resolver estas y otras dudas interpretativas.

Las voces doctrinales convergentes son oídas por el legislador que aprovecha la LO 13/1999 de 14 de mayo, (BOE 19), de modificación, de nuevo, de la LOPJ 6/1985, para proceder, a “perfeccionar la regulación del incidente de nulidad de actuaciones” (EM). Pese a calificarse dicha reforma de apresurada, innecesaria e insuficiente (MORENILLA ALLARD), algunas de sus novedades son relevantes. En particular, debe destacarse la inclusión como partes legitimadas para instarlo a “quienes no fueron parte pero hubieran debido serlo”, otorgando legitimación al titular del derecho fundamental vulnerado, así como la intervención legislativa declarando el carácter irrecurrible de las decisiones de inadmisión o desestimación del incidente, zanjando con ello la polémica existente. Del mismo modo, la introducción del inciso “que, en uno y otro caso” no sean susceptibles de recurso en el que reparar la indefensión resultaba clarificadora habida cuenta de que, en la redacción anterior, al no precisarse este aspecto, parecía que el presupuesto procesal del previo agotamiento de los recursos existentes contra la resolución viciada de nulidad únicamente afectaba al primer motivo, es decir a los defectos causantes de indefensión, pero no así a la incongruencia al fallo.

3. EL INCIDENTE DE NULIDAD EN EL NUEVO MILENIO: LAS DISFUNCIONES ENTRE LA LEC/00 Y LA LOPJ/03

A) LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, (BOE 8), DE ENJUICIAMIENTO CIVIL COMO PARTE DE UN FRACASADO “DUAL PAQUETE LEGISLATIVO”

Así las cosas, se promulga la Ley 1/2000 (en adelante LEC/2000), una Ley cuya razón fundamental de ser, a decir de ella misma, es la de adecuarse a los nuevos tiempos, hacer efectivo el derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión, reconocido en el art. 24 CE, y erigirse en Ley procesal “supletoria y común” (EM). Con tal objetivo, el legislador procesal civil explicita su intención de expulsar de la LOPJ el conjunto de preceptos procesales y llevarlos a la LEC, ciñendo la regulación del Poder Judicial a las normas relativas al “funcionamiento” de Juzgados y Tribunales de modo más adecuado con lo establecido en el art. 122 CE. Se pretendía, de este modo, inaugurar un reparto normativo que se proclamaba más afín al espíritu constitucional y en el que la nueva LEC recogiera toda la regulación referida a las resoluciones judiciales y actuaciones procesales, incluida la nulidad, derogando, necesariamente y al mismo tiempo las normas contenidas en la LOPJ que regulasen estos mismos aspectos. La pretensión legislativa anunciada dependía, con ello, de un “doble paquete legislativo”: la reforma de la LEC, que se materializaba con la norma promulgada, y la aprobación de una ulterior que derogara la LOPJ en los estrictos términos anunciados.

En lo que ahora interesa, la nueva LEC introducía mejoras relativas a la nulidad de actuaciones. No obstante, hasta tanto no se produjera la anunciada futura reforma de la LOPJ, el legislador tenía la precaución de adoptar una cautela específica para evitar distorsiones entre ambas regulaciones al no ser éstas siempre coincidentes ni de fácil armonización, como

finalmente terminaría demostrándose. A tal fin destina la Disposición Final Decimoséptima de la LEC/2000 sobre “régimen transitorio en materia de abstención y recusación, nulidad de actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones” suspendiendo la aplicación de “los arts. 225 a 230 y 214 de esta Ley, sobre nulidad de las actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones, respectivamente” en tanto no se produjera la esperada reforma de la LOPJ.

Junto a ello, la LEC/2000 reordena las normas procesales diferenciando entre los aspectos relativos a las resoluciones judiciales, de un lado, y las relativas a las actuaciones procesales, de otro.

a) En el capítulo relativo a las resoluciones judiciales, se introduce un instrumento para subsanar rápidamente, de oficio o a instancia de parte, las manifestas omisiones de pronunciamiento, “completando” las Sentencias en que por error se hayan cometido. Con ello, se dice, “no será preciso forzar el mecanismo del denominado «recurso de aclaración» y podrán evitarse recursos ordinarios y extraordinarios fundados en incongruencia por omisión de pronunciamiento” sin que la nueva figura del “complemento” afecte a la firmeza que, en su caso, deba atribuirse a la Sentencia incompleta, porque “de un lado, los pronunciamientos ya emitidos son, obviamente, firmes y, de otro, se prohíbe modificarlos, permitiendo sólo añadir los que se omitieron” (EM). De este modo, tras la clásica regulación de la aclaración de algún concepto oscuro y corrección de errores materiales (art. 214 LEC) cuya aplicación se deja condicionada hasta una prevista futura reforma de la LOPJ (Disp. Final 17ª LEC), se introduce un nuevo incidente para la integración del fallo (CASAS BAAMONDE) o de subsanación y complemento de Sentencias o Autos defectuosos o incompletos en el art. 215 LEC, con el fin de remediar el vicio de incongruencia manifiesta de Sentencias y Autos que, a diferencia de la aclaración, se declara de inmediata entrada en vigor (Disp. Final 17ª LEC a contrario).

A decir del párrafo primero del art. 215 LEC/00: “Las *omisiones* o defectos de que pudieren adolecer Sentencias y Autos y que *fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones* podrán ser subsanadas, mediante Auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior”. El párrafo segundo declara que “si se tratase de Sentencias o Autos que hubieren *omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso*, el Tribunal, a solicitud escrita de parte, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará Auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla”. Posibilidad ésta que se concede también al propio Tribunal en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicta, mediante Auto, para “completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado” (art. 215.3 LEC). Prohibiéndose cualquier recurso contra esas resoluciones que denieguen o completen las resoluciones; pero ello “sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la Sentencia o Auto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del Tribunal” (art. 215.4 LEC), computándose los plazos en tal caso “desde el día siguiente a la notificación del Auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla” (art. 215.4 LEC).

b) De otro lado, como decíamos, se introducen mejoras en materia de actuaciones judiciales y, en particular, *se reforma la nulidad de las actuaciones judiciales en los arts. 225 a 230 LEC, aunque se condiciona su aplicación a una posterior reforma de la LOPJ* (Disp. Final 17ª LEC). En relación a los medios para solicitar la invalidez, la LEC/2000 mantiene el sistema ordinario de denuncia de la nulidad radical a través de los recursos, si bien en el texto del actual art. 227.1 LEC suprime la referencia a “demás medios que establezcan las leyes procesales”. Se mantiene igualmente la posibili-

dad de declaración de oficio, antes de dictarse resolución que ponga fin al proceso, pero se introduce a continuación un nuevo párrafo en el art. 227.2 LEC para restringir en fase de recurso la reparación de oficio de posibles nulidades procesales, instaurando con claridad un principio dispositivo en su denuncia, salvo cuando se apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectar al Tribunal. Finalmente, tomándolo del art. 240.3 LOPJ, “con algunos perfeccionamientos aconsejados por la experiencia” según la Exposición de Motivos, se regula el incidente de nulidad excepcional de actuaciones en el art. 228 LEC.

Las novedades técnicas, menores pero necesarias, aportadas por la LEC en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC son variadas. Así, se aclara que la inadmisión del incidente cuando se suscitan cuestiones distintas a aquellas para las que está previsto se hará mediante providencia sucintamente motivada (art. 228.1.3º); se regulan los efectos de la estimación: reposición de las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado siguiéndose a continuación el procedimiento establecido; así como las consecuencias de la desestimación de la petición de nulidad: Auto con condena en costas y, en caso de que el Tribunal entienda que se promovió el incidente con temeridad, multa de 90 a 600 euros (art. 228.2 LEC). Mejoras éstas que, como veremos, serán más tarde asumidas igualmente por la LOPJ en la reforma de la LO 19/2003.

Pero junto a ellas, la LEC/00 introduce una modificación crucial que va a distanciar el incidente excepcional civil (contenido en el art. 228 LEC) del previsto con carácter general en el art. 240.3 LOPJ (vigente en dicho momento): *la supresión de la incongruencia como motivo para fundamentar este mecanismo excepcional de rescisión de la cosa juzgada*. Acogida la incongruencia omisiva entre los preceptos relativos a las resoluciones judiciales, y viabilizada su corrección a través del remedio de la integración o complementación, era lógico que la LEC la

excluyera como motivo del incidente de nulidad de actuaciones. Esta decisión debe valorarse de modo positivo ya que establecer junto a los defectos de forma causantes de indefensión como causa del incidente excepcional de nulidad de actuaciones a la incongruencia omisiva no era correcto técnicamente pues ésta no siempre genera indefensión, entendida en sentido constitucional, de falta de contradicción (DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ), ni exige necesariamente la reposición de actuaciones para su reparación (LOURIDO RICO). Críticas acertadas por cuanto, a diferencia de los defectos procesales causantes de nulidad por indefensión, en buena técnica jurídica la incongruencia omisiva no constituye una vulneración del derecho a un proceso sin indefensión, sino, más precisamente, del derecho a obtener una Sentencia fundada en Derecho, como canon jurídico autónomo aunque ambos supuestos sean vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Existiendo argumentos técnicos para la exclusión de la incongruencia omisiva en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones contenido en la LEC/00, más dudosa es la exclusión en general de todo tipo de incongruencia. Mientras que en el art. 240.3 LOPJ el segundo de los motivos que permiten accionar el incidente excepcional de actuaciones es la “incongruencia del fallo”, en el remedio del art. 228 LEC directamente se excluye tal causa, expulsando de esta vía procesal, no sólo a la omisiva, para la que al menos se prevé un cauce específico en el art. 215 LEC/2000, sino también a la incongruencia *extrapetita* y por error. La no inclusión de ninguna incongruencia se justifica por el legislador porque “la incongruencia de las resoluciones que pongan fin al proceso, además de que no siempre entraña nulidad radical, presenta una entidad a todas luces diferente, no reclama en muchos casos la reposición de las actuaciones para la reparación de la indefensión causada por el vicio de nulidad y, cuando se trate de una patente incongruencia omisiva, esta Ley ha previsto, como ya se ha expuesto, un tratamiento distinto”. Justificación, no obstante, algo inconsistente si se tiene

en cuenta que en la *extrapetita* la indefensión constituye un elemento sustancial para dotarla de relevancia constitucional (por todas, STC 220/1997).

Cualquiera que sea el acierto justificativo, lo que es indudable es que a partir de la LEC/00, el incidente excepcional de actuaciones previsto en un futuro para el orden civil de la jurisdicción en el art. 228 LEC pretende dejar de ser el cauce adecuado para sustanciar toda queja relativa al vicio de incongruencia y se ciña a los vicios producidos en las actuaciones procesales.

B) LA REFORMA DE LA LOPJ/1985 MEDIANTE LA LEY ORGÁNICA 19/2003, DE 23 DE DICIEMBRE: DISFUNCIONES INTRA E INTER NORMATIVAS.

El desajuste del incidente de nulidad de actuaciones regulado en la LEC con respecto al contenido en la LOPJ/85, como se ha dicho, provocó que el art. 228 LEC quedara conscientemente suspendida y expresamente condicionada en su vigencia a la entrada en vigor a una futura reforma de la segunda, si bien presuponiendo el legislador procesal civil que la LOPJ, una vez reformada, suprimiría toda regulación en esta materia y que, al mismo tiempo, al activar la vigencia efectiva del art. 228 LEC/2000, cedería a la LEC/2000 todo su protagonismo erigiéndose ésta en la regla general para todos los órdenes jurisdiccionales carentes de regulación específica. De este modo, las omisiones en el fallo detectadas en resoluciones judiciales pasarían a repararse con carácter general, o bien por el cauce de la corrección (art. 215.1 LEC), o por el del complemento e integración (art. 215.2 LEC), de vigencia inmediata con la aprobación de la LEC al no quedar expresamente en suspenso en virtud de la DF 17ª LEC; quedando el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC (latente en su vigencia hasta que lo reactivara la esperada reforma de la LOPJ) únicamente

para reparar las indefensiones atinentes a defectos en las actuaciones.

El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos de nuestro país el 28 de mayo de 2001 proclamaba entre sus objetivos que la Justicia fuera rápida, eficaz y de calidad. Para alcanzar estas metas, el propio Pacto reiteraba la necesidad de una inmediata y “profunda reforma de la LOPJ, norma reguladora de los aspectos fundamentales del poder judicial y de la propia Administración de Justicia” que finalmente se materializaría con la LO 19/2003, de 23 de diciembre, con entrada en vigor el 16 de enero de 2004.

Esta reforma “activa” y “precipita” la entrada en vigor de la regulación que la LEC/2000 había dejado en suspenso por expreso deseo de su propia DF 17ª. Aunque algún autor ha puesto en duda que la LO 19/2003 provocara tal reacción y, en concreto, la entrada en vigor del art. 228 LEC, varios datos permiten mantenerlo. En primer término, la propia declaración contenida en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003 afirmando que el sistema diseñado por la reciente LEC/2000 obliga, entre otras cosas, “a las debidas adaptaciones del régimen de nulidad de actuaciones y de aclaración o corrección de resoluciones”, por lo que la reforma de la LOPJ responde a tal invitación. Pero también, y con mayor contundencia, ello se deduce de la Disposición Final 2ª de la propia LO 19/2003 cuando señala que “en el plazo de un año el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta Ley”; es decir, serán las Leyes de Procedimiento, y entre ellas la LEC, las que en un próximo futuro se deban adecuar a la nueva regulación contenida en la LOPJ reformada y no a la inversa como sin embargo se pronosticaba. Lo que sólo tiene sentido si el legislador es plenamente consciente de que ha decidido romper el plan inicial del “doble paquete legislativo” e imponer en la LOPJ las directrices generales a las que deberán someterse el resto de normas procesa-

les. La reactivación parece ser, por otro lado, la postura asumida en la praxis judicial (*vid.* Como ejemplo el caso examinado en la STC 174/2004).

De este modo, aunque la entrada en vigor de la LEC estaba prevista de antemano en el momento en que se reformara la LOPJ, con lo que no se contaba era que precisamente dicha esperada reforma abortara en algunos puntos la regulación que, en espera de su confirmación, había quedado condicionada. En efecto, frente a las previsiones derogatorias contenidas en la EM de la LEC en relación con las normas procesales de la LOPJ, la LO 19/2003 trastoca el sistema ya que, en lugar de derogar los arts. 238 y ss LOPJ, les da nueva redacción, trasladando a la LOPJ el contenido de los arts. 228 y ss de la LEC si bien con algunas pequeñas diferencias que, aunque a primera vista pudieran aparecer mínimas, presentan por el contrario un indudable impacto y entrañan un considerable esfuerzo de hermenéutica jurídica.

En concreto la LO 19/2003 extrae del antiguo art. 240 LOPJ la parte relativa al incidente excepcional de nulidad de actuaciones para contemplarlo ahora de un modo autónomo en el nuevo artículo 241 en el que se reproduce el contenido del art. 228 LEC/2000 y sus mejoras [en relación con el tipo de resolución para la inadmisión del incidente, e incorporando igualmente los efectos de la estimación del incidente así como el tipo de resolución y los efectos de la desestimación del mismo], pero *manteniendo, sin embargo y a diferencia de lo acaecido en el art. 228 LEC, la incongruencia del fallo como motivo del incidente excepcional de actuaciones*, a pesar de las críticas que dicho motivo había recibido de la doctrina y que justificaron su eliminación del art. 228 LEC/2000.

Tal mínima diferencia, incorporada como causa del incidente anulatorio en el texto aprobado por el Informe de la Ponencia a propuesta del grupo parlamentario socialista, sin embargo, origina toda una completa confusión en el régimen jurídico actual del incidente excepcional de nulidad de actuaciones

y presenta, por ser éste exigido de modo previo al recurso de amparo, importantes y complejas dudas en relación con la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, la relativa a cuál es la vía correcta en la legalidad ordinaria de reparación de los vicios de incongruencia, ausente en el art. 228 LEC/2000 pero presente y exigible su reparación por el art. 241 LOPJ. Pero no sólo hay disfunciones inter-normativas (LEC *versus* LOPJ), sino que, además, en la medida en que la LO 19/2003 también procede a reformar el art. 267 LOPJ, es decir la antigua aclaración, para incorporar la regulación conjunta de los arts. 214 y 215 LEC y, con ello, recepcionar en la LOPJ la subsanación, integración y complemento, se provoca una nueva disfunción, en este caso interna: entre el art. 267 LOPJ y el nuevo art. 241 LOPJ en materia de incongruencia omisiva pues aunque ambos preceptos aluden a la misma, en cada una de ellas se hace con un régimen jurídico y alcance distinto.

C) ¿PREVALENCIA O INCOMPETENCIA NORMATIVA?

A salvo de cuestiones menores como la referencia a Sentencia (LEC) o Sentencia y resolución (LOPJ), el contenido del incidente excepcional de nulidad de actuaciones es prácticamente idéntico en ambos cuerpos normativos y la única diferencia, como se viene insistiendo, reside en que mientras que en la LOPJ pervive la incongruencia como causa para instarlo, esa posibilidad deviene ahora inexistente en la norma procesal civil que, recordemos, se declara norma supletoria al resto de leyes procesales.

La pregunta que debemos hacernos es si dicha antinomia, esto es la existencia de una doble regulación (LOPJ y LEC), una permitiendo el incidente excepcional de nulidad de actuaciones para todas las incongruencias producidas en la última resolución firme y otra negando este cauce reparador, puede resolverse mediante el criterio de prevalencia o jerarquía normativa. Tal punto de partida, sin

embargo, debe rechazarse de plano. En realidad, las antinomias normativas que se producen como consecuencia de una regulación diferente contenida en una norma con rango de Ley Orgánica y una norma con carácter de Ley Ordinaria, como es la LEC, no se disipan mediante aplicación del criterio de jerarquía normativa, sino que afectan al principio de competencia de suerte que, en virtud del mandato constitucional, lo que no debiera ser coincidente es el ámbito material de regulación de una Ley Orgánica con la de una ordinaria al ser expresión cada una de ellas de una diferente potestad normativa. De este modo, su relación es estrictamente material, de suerte que la reserva de Ley Orgánica, que debe ser interpretada, por lo demás, de modo restrictivo habida cuenta de la especial exigencia de consenso parlamentario a la que va unida y su tendencia a la petrificación (STC 135/2006, de 27 de abril), impide a la Ley Ordinaria regular materias reservadas a aquélla, y, a la inversa, la Ley Orgánica tampoco puede invadir materias reservadas a la Ley ordinaria (STC 76/1983, de 5 de agosto). En tales casos, para detectar el vicio de incompetencia de una norma hay que analizar si contempla materias que le están vedadas. Lo que ocurre es que no está nada claro cuál es el contenido único que debiera residenciarse en la LOPJ.

Hay reputados autores que consideran que la regulación del art. 228 LEC y la no inclusión en su seno de la incongruencia, no puede oponerse a la solución normativa acogida expresamente en el art. 241.1 LOPJ, donde sí se incluye. Conclusión negativa que se impondría “por la posición de esta Ley Orgánica en el referido conjunto normativo (arts. 122.1 y 117.3 CE)” y porque “tratándose de materia propia de la LOPJ, al afectar al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, su regulación del incidente de nulidad de actuaciones no puede resultar afectada por una Ley ordinaria”. De este modo, se expone que “no es que la LOPJ sufra efectos modificativos o derogatorios sobre la LEC, ya que su posición no es de superioridad según una relación

de jerarquía normativa, sino que su regulación, correspondiéndose materialmente con el ámbito de la reserva a Ley Orgánica (art. 122.1 CE) y vedada consiguientemente a la ley ordinaria, hace inválida la regulación de ésta que exceda sus límites materiales no sólo por acción o positivamente, sino también por omisión o negativamente como aquí es el caso”. Con dicha argumentación se llega a la conclusión de que la reforma de la LOPJ ha llevado a cabo, no la “no puesta” en marcha del art. 228 LEC, sino su invalidez: “no ha cobrado aplicación efectiva, sino que ha perdido validez al contravenir la regulación de la LOPJ en materia constitucionalmente reservada a ese específico instrumento legal. El efecto de la reforma de la LOPJ ha sido el de sancionar con la nulidad la regulación del art. 228 LEC en la medida en que no contempla ese vicio como causa del incidente anulatorio” (CASAS BAAMONDE). Desde esta posición, en consecuencia, el incidente excepcional de actuaciones del art. 241 LOPJ sería el cauce natural y obligado antes del recurso de amparo para las posibles incongruencias que se produzcan en la última resolución judicial, cualquiera que sea la misma y el orden jurisdiccional.

Pero, partiendo también del principio de competencia como criterio de solución del conflicto normativo producido entre la LOPJ y la LEC, es posible, sin embargo, inferir también una consecuencia diversa. El art. 122.1 CE declara que “la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, *funcionamiento* y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”. Todo depende de lo que se entienda por “funcionamiento”, si se refiere a un planteamiento interno o externo, y si dicho concepto abarca a la legislación procesal o si, por el contrario, debe entenderse, como viene sucediendo, que las normas rituales procesales no exigen norma orgánica, salvo en la propia configuración de los órdenes jurisdiccionales (STC 224/1993).

Si entendemos que la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de ser una norma estrictamente procesal, afecta al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, entonces, en efecto, es la Ley Orgánica la que tiene la competencia para regular este aspecto y las leyes ordinarias contradictorias con la misma incurren en exceso competencial, debiendo en ello reputarse nulas. Ahora bien, si se considera que el incidente de nulidad de actuaciones, así como otras normas estrictamente procesales, lo que verdaderamente regulan es la correcta tramitación y relación entre los órganos judiciales y los particulares afectados, entonces podría no considerarse una materia relativa al “funcionamiento de los tribunales” y, en realidad, el exceso se contendría en la LOPJ que lo regula. Junto al tenor literal del art. 122.1 CE, en interpretación sistemática con el art. 24 CE, esta segunda interpretación vendría también avalada por la propia declaración legislativa expresada en la EM de la LEC/2000 (V) que justificaba que la LOPJ se desprendiera de las normas procesales “impropiamente situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento” precisamente en el hecho de que la referencia del art. 122.1 CE “al “funcionamiento” de los Juzgados y Tribunales no puede entenderse, y nunca se ha entendido, ni por el legislador postconstitucional ni por la jurisprudencia y la doctrina, como referencia a las normas procesales, que, en cambio, se mencionan expresamente en otros preceptos constitucionales”. Si esta segunda opción fuera la correcta (LOURIDO RICO), entonces la norma de competencia sería la LEC y la LOPJ habría incurrido en exceso.

Cualquiera que pudiera ser la interpretación correcta en este sentido, existe una tercera posibilidad, coherente con la dualidad

normativa aunque no tanto con un principio de competencia estricto, pero más pragmática para ofrecer una solución temporalmente factible, cual es la de entender que mientras en el orden civil de la jurisdicción es la LEC en su totalidad la que rige y, consecuentemente, no se podrán reparar incongruencias omisivas a través del incidente de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC/2000, en el resto de órdenes jurisdiccionales podría acudir para ello al incidente del art. 241 LOPJ. Solución, no obstante, que tampoco impediría en estos otros órdenes solicitar el complemento cuando se tercie por cumplir sus requisitos legales, bien por aplicación supletoria del art. 215 LEC/2000 o bien por directa aplicación del nuevo art. 267 LOPJ.

D) CLASES DE OMISIONES Y CAUCES LEGALES DE REPARACIÓN

En todo caso, lo cierto e indiscutible es que la reactivación de la LEC/2000 por la reforma de la LOPJ produce complejos problemas en relación, al menos, con la incongruencia omisiva y ello tanto se alcance la conclusión de que la regla de interpretación debe primar a la Ley Orgánica (LOPJ), como a la Ley Ordinaria (LEC). En concreto, si se aplica la LOPJ, entre la regulación del art. 267.4 y 5 LOPJ y el incidente de nulidad contenido en el art. 241 LOPJ, por cuanto en ambos casos se contienen cauces de reparación para las omisiones que pueden resultar incompatibles. Pero si se aplica la LEC, entre los arts. 215 (que sólo prevé reparación para las omisivas) y el art. 228 LEC, al no contemplar este precepto cauce alguno en relación con las mismas. Para entender estos problemas resulta especialmente gráfica la siguiente tabla comparativa:

Artículo 215 LEC/2000	
-----------------------	--

1. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar <i>para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones</i> podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior. 2. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifestamente pronunciamientos relativos a <i>pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas</i> en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla. 3. Si el tribunal advirtiese en sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha <i>en que se dicta</i>, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, <i>pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado</i>. 4. (...)	(...) 4. "Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar <i>para llevarlas plenamente a efecto</i> podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecido en el apartado anterior". 5. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifestamente pronunciamientos relativos a <i>pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso</i>, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla. 6. Si el tribunal advirtiese, en las sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, <i>pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado</i>. 7 y 8. (...)
Artículo 228 LEC/2000	Artículo 241 LOPJ/ref.2003
3 2 2 26 1 2 4 1 1 1 1 1 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 defectos de forma que hayan causado indefensión, <i>siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso</i> y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (...).	4 3 12 1 12 19 21 65 3 1 1 1 1 1 1 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 defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, <i>siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso</i>, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (...).

A fin de ofrecer una interpretación integradora de las normas exige diferenciar tres supuestos de omisiones:

a) **Omisiones accesorias** a los pronunciamientos principales y necesarias para llevarlos a cabo: la subsanación como cauce contenido en los arts. 215.1 LEC y 267.4 LOPJ reformado.

El art. 215.1º LEC (acogido en su práctica literalidad por el art. 267.4 LOPJ reformado), permite la subsanación mediante Auto de las

omisiones o defectos de que pudieren adolecer Sentencias y Autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones. Se trata de un supuesto en el que existiría ya un pronunciamiento pero respecto del que faltarían algunos elementos menores pero necesarios para llevarlo a efecto, como podría ocurrir, por ejemplo, con la determinación de un periodo temporal, la cuantificación de los intereses en la condena o cosas así. Estos casos, que exclusivamente permiten la subsanación, se rigen por el procedimiento general

de las aclaraciones (215.1 y 267.4 LOPJ) y, lo que es decisivo aunque nada se diga, en ningún caso a su través puede resultar afectado el pronunciamiento judicial, pues con la subsanación exclusivamente se persigue hacer viable lo “ya” Juzgado mediante una mínima exigida adición o concreción añadida, prácticamente sobreentendida pero que resta por declarar. La diferencia con la aclaración (arts. 214 LEC/2000 y 267.1-3 LOPJ) residiría, así pues, en que mientras en ella se actúa sobre lo que la resolución “dice”, la subsanación se proyecta sobre lo que la misma “no dice” (BELLIDO PENADES).

b) Omisiones Manifiestas de Pretensiones deducidas y sustanciadas en el proceso: el complemento o integración del fallo de los arts. 215.2 y ss LEC y 267.5 y ss LOPJ reformado.

Por su parte, este mismo precepto, el art. 215 LEC, pero en sus párrafos 2º a 4º, reproducido posteriormente en la reforma de 2003 en el art. 267. 4º y 5º, regula el régimen de las omisiones manifiestas de pretensiones, ya sea a instancia de parte o de oficio por el propio Tribunal. En ambos supuestos no cabe recurso contra la decisión judicial adoptada y la queja que se pretenda hacer valer podrá viabilizarse a través de los recursos que procedan contra la Sentencia o Auto a que se refiera la solicitud o la actuación de oficio del Tribunal (arts. 215.4 LEC y 267.7 LOPJ reformado); recursos que comienzan a computarse “desde el día siguiente a la notificación del Auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla” (art. 215.4 LEC y 267.8 LOPJ reformado).

A diferencia de la aclaración pero en línea con la subsanación, el complemento sólo se puede realizar respecto de Sentencias y Autos (la aclaración comprende providencias) y también aquí estamos ante una omisión. Pero en el complemento lo omitido no es un pronunciamiento accesorio, sino una pretensión o alegación principal, incurriendo una incongruencia omisiva en sentido estricto entendida como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. Debe precisarse, no obstante, y ello se revela

como decisivo a la hora de armonizar este precepto con la regulación del incidente excepcional de nulidad, que se alude a pretensiones “deducidas y sustanciadas en el proceso” con lo que, en sentido estricto, en el complemento se trataría de supuestos que técnicamente no se enmarcan en el concepto de indefensión constitucional, al haber existido contradicción, sino de infracciones del deber de dictar Sentencias fundadas en Derecho.

Se trata, además, de un cauce de reparación de las omisiones patentes, cuyo procedimiento difiere según se inicie a instancia de parte o de oficio, y que se proyecta tanto sobre las resoluciones firmes como las definitivas. El hecho de que el art. 267.7 LOPJ y el art. 215.4 LEC declare que no cabrá recurso alguno contra los autos en que se resuelva sobre el complemento “sin perjuicio de los recursos que procedan, *en su caso*”, supone advertir de modo indirecto que es posible que contra la resolución sobre la que se solicita el complemento no quepa recurso alguno, esto es, sea la última y devenga firme.

Al margen de ello, lo relevante de esta figura es que, en todo caso, en la complementación se exige siempre la conservación del resto del fallo, es decir, este nuevo instituto no ataca la intangibilidad de lo ya Juzgado “ni a la firmeza que, en su caso, deba atribuirse a la sentencia incompleta”, siendo los pronunciamientos ya emitidos en tal caso firmes y prohibiéndose su modificación quedando ceñido el complemento a la “adición” de los que se omitieron, tal y como aclara con rotundidad la Exposición de Motivos de la LEC/2000. De este modo, en el complemento se añade algo no dicho, pero no se modifica lo ya dicho. Orientación interpretativa, que es de agradecer contenga la LEC, por cuanto con ello se disipa toda duda sobre la dicción literal de los preceptos implicados (art. 215.2 y 3 LEC) en los que la referencia a que no se puede “modificar ni rectificar lo que se hubiere acordado” se contiene exclusivamente cuando el complemento es de oficio y no así si quien lo insta es la parte. Con la aclaración de que la intangibilidad del fallo se mantiene

en ambos casos se solventan estériles interpretaciones. Tal conclusión es extrapolable al art. 267 LOP, en tanto simple traslación de su precursor.

c) Incongruencia omisiva como causa del incidente excepcional de nulidad de actuaciones en el art. 241 LOPJ reformado, pero no así del incidente regulado en el art. 228 LEC.

Finalmente, junto a las omisiones señaladas, el art. 241 LOPJ de la reforma de 2003 preveía la posibilidad de que se instara el incidente de nulidad de actuaciones cuando existiera una incongruencia en la resolución que pone fin al proceso, cualquiera que ésta fuera, incluida, por lo tanto, la omisiva.

E) UNA PROPUESTA DE INTEGRACIÓN

Así las cosas, cabe preguntarse cuándo y cómo se armonizan las distintas posibilidades expuestas. En este sentido, sobre la base de que entenderíamos que tanto la LEC como la LOPJ están vigentes y no cuestionáramos cuál es la que infringe el principio de competencia, podría interpretarse, que, salvo en el orden civil de la jurisdicción, en el resto de órdenes jurisdiccionales, en aplicación estricta de la LOPJ, las combinaciones posibles serían variadas.

En primer lugar, es evidente que las omisiones que se *produzcan durante la sustanciación del proceso* de que se trate, podrán siempre hacerse valer, en primer término, por la vía del escrito de subsanación (cuando es una omisión accesoria e instrumental) o del complemento (cuando es una omisión manifiesta de pronunciamiento de pretensión deducida y sustanciada) y luego, en caso de ser denegadas, a través de los recursos que resulten pertinentes contra la resolución que se intentaba subsanar o completar.

Pero si la incongruencia se produce no en una resolución definitiva, *sino en la que pone fin al proceso*, por no ser susceptible de ser impugnada mediante recurso ordinario ni extraordinario, entonces el espectro de opciones se amplía y variadas son las dudas.

a) Si la omisión *que se imputa a dicha resolución es meramente accesoria*, no cabe duda de que quien tiene interés en que se concrete el aspecto instrumental omitido, deberá interponer escrito de subsanación (art. 267.4 LOPJ), sin que, en tal caso, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones sea viable, ni siquiera posteriormente, por cuanto, en puridad, por lo general la omisión no lo es de una pretensión principal, sino sólo de un aspecto accesorio.

b) Si la omisión que se imputa a dicha resolución *es manifiesta y afecta a pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas* (art. 267.5 LOPJ), es decir, se trata de una incongruencia omisiva en sentido estricto, se produce aquí el primer dilema. En la medida en que el escrito de solicitud de complemento constituye también un cauce para la reparación de estos defectos (pues la posibilidad de interponerlos incluso cuando se producen en la resolución que pone fin al proceso se derivaría de la ausencia de limitación expresa en este sentido), la cuestión reside en si en estos casos se ha de interponer escrito de complemento o si, por el contrario, lo procedente es el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ que alude a cualquier incongruencia como uno de los motivos legales para activarlo.

Para resolver el juego de estas dos posibilidades se ha señalado que, en realidad, ambas se configuran como volitivamente alternativas, de suerte que correspondería a las partes implicadas la elección de aquella que le resulte más adecuada. Pero esta solución, la de entender que existe una elección para las partes, no puede llevar a distorsionar las figuras procesales ofrecidas por el legislador. Es decir, claro que las partes pueden elegir entre el complemento o el incidente, lo que ocurre es que tal elección ha de ser correctamente ejercitada y de su procedencia o improcedencia se pueden derivar serias consecuencias jurídicas con trascendencia constitucional, como puede ser la de considerar el recurso manifiestamente improcedente y considerar extemporánea la demanda de amparo. De este modo, lo cierto es que

una correcta utilización procesal de las figuras confrontadas aboca a instar el complemento si la parte no persigue la modificación del fallo; en caso contrario, lo procedente es interponer directamente el incidente de nulidad de actuaciones.

La clave, entonces, reside en la pretensión procesal que permite accionar cada una de estas figuras. Así, aunque en ambos casos lo que se solicita es que el órgano judicial se pronuncie sobre una pretensión que, pese a deducirse y sustanciarse, finalmente no obtuvo respuesta, en el complemento la reparación de tal omisión tan sólo persigue un pronunciamiento explícito sobre la pretensión omitida, pero no busca ninguna modificación de lo ya juzgado, ni siquiera la revocación de la resolución a la que se imputa la queja. Este es el típico mecanismo adecuado para aquellos casos en que es la parte que ha salido favorecida en la cuestión de fondo planteada quien insta la integración pues es la interesada en que la resolución se “complete”, habida cuenta de que estando de acuerdo con lo obtenido, exclusivamente persigue un pronunciamiento expreso sobre el conjunto de las pretensiones deducidas que abundarían y ratificarían dicho pronunciamiento favorable.

Por el contrario, en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones la pretensión es claramente diversa pues se erige en mecanismo de rescisión de la cosa juzgada. Se persigue la nulidad de la resolución judicial que ha incurrido en incongruencia omisiva y que se dicte otra nueva dándole respuesta aunque ello suponga la alteración de los pronunciamientos primigenios que, en virtud de la nulidad, carecen de efecto alguno y se desvanecen para el Derecho. No de otro modo puede entenderse la referencia del art. 241.2 LOPJ a que la estimación de la nulidad lleva consigo la reposición de las actuaciones al estado inmediatamente anterior, es decir, al anterior al dictado de la Sentencia o resolución que incurre en el vicio de nulidad. En este marco deben considerarse incluidos todos los supuestos en los que lo que se pretende

es una modificación del fallo, bien mediante una nueva valoración jurídica, una nueva interpretación o una nueva apreciación de la prueba para resolver la cuestión omitida.

En todo caso, lo que bajo ningún concepto parece posible es que se interponga en primer lugar escrito de complemento y, si es denegado, a continuación un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, por la sencilla razón de que, en tal caso, una posterior interposición del incidente incumpliría el art. 241 LOPJ que únicamente permitiría denunciar la incongruencia si no existió ocasión de denunciarlo con anterioridad. Cuestión distinta sería, no obstante, que el propio Auto al resolver las pretensiones del escrito de complemento incurriera en una nueva, y necesariamente distinta, incongruencia omisiva, donde entonces podría entenderse que se cumplen los requisitos a los que se vincula el incidente de nulidad.

Para finalizar, tan sólo señalar que cuando el problema de las incongruencias omisivas se plantea en el orden civil de la jurisdicción y, en aplicación única y exclusiva de la LEC por tener previsiones específicas, las incongruencias omisivas manifiestas que se produzcan en la última resolución firme cuando no lleven consigo la modificación del fallo deberán utilizar el cauce del complemento (art. 215.2º y 3º). Si por el contrario su reparación necesariamente exige la modificación del fallo de la resolución que se impugna, tendrían acceso directo al recurso de amparo al no ser el complemento un remedio útil ni contemplarse ninguna incongruencia (y por tanto tampoco la omisiva) entre las causas que permiten instar el incidente de nulidad de actuaciones; el resto de incongruencias parece que en este orden accederían también directamente al amparo, so pena que se interpretara que la *extrapetita*, que para producirse necesariamente exige que el apartamiento del debate haya causado indefensión, pudiera reconducirse al único motivo para el que el art. 228 LEC ha previsto el incidente de nulidad de actuaciones de alcance rescisivo.

4. LA REFORMA DE LA LOTC Y LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL INCIDENTE EXCEPCIONAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

A) LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

a) *Subsidiariedad del recurso de amparo e incidente de nulidad de actuaciones*

Así de poco claras las cosas, se procede a una nueva modificación del incidente de nulidad de actuaciones contemplado en la LOPJ mediante lo que en otro contexto se ha dado en denominar la técnica de la “deslocalización normativa” (DESDENTADO) pues se introduce mediante la Disposición Final 1ª de la LO 6/2007, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

La defectuosa técnica en este caso revela, no obstante, la dimensión constitucional del incidente de nulidad de actuaciones, necesariamente intensa como consecuencia del carácter subsidiario del recurso de amparo. En efecto, tanto el art. 43, como el art. 44 LOTC, exigen y exigen, respectivamente, el agotamiento de “la vía judicial procedente”, y que “se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial” (con mejor técnica ahora que su dicción anterior exigiendo el agotamiento de todos los “recursos utilizables”). El incidente de nulidad de actuaciones como cauce para remediar determinadas lesiones constitucionales se erigía así en requisito de procedibilidad de la demanda de amparo en dos aspectos clave del derecho a la tutela judicial efectiva: uno como proyección del derecho a no sufrir indefensión (defectos de forma causantes de indefensión) y otro, el relativo a las incongruencias, como vertiente del derecho a obtener una Sentencia fundada en Derecho (claramente al menos en lo que se refiere a la incongruencia omisiva). En todos los casos en que el incidente de nulidad de actuaciones se vislumbraba útil para repa-

rar la lesión a la luz de la pretensión realizada, su interposición previa devenía obligatoria, de suerte que su ausencia provocaba la inadmisión de la demanda de amparo por prematura (SSTC 225/1991, de 30 de diciembre, FJ 2; 56/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 189/2002, de 14 de octubre, FJ 5; 39/2003, de 27 de febrero; 85/2002, 22 de abril; 84/2004 de 10 de mayo). Pero su interposición podía convertirse en un arma peligrosa y acarrear la extemporaneidad de la demanda de amparo cuando el incidente se ejerciera excediendo de sus límites legales, al ser doctrina constitucional consolidada la de que la interposición de recursos manifiestamente improcedentes constituye una dilatación artificial del plazo de caducidad del recurso de amparo; plazo considerado imperativo e improrrogable (por todas, SSTC 237/2006, de 17 de julio; 323/2006, de 20 de noviembre). Extemporaneidad en la que se incurría si, por ejemplo a través del incidente se denunciaba la violación de un derecho fundamental sustantivo, o, incluso, uno procesal dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE para el que el incidente no estuviera previsto, como sería, incurriendo en un típico error conceptual, interponerlo para reparar una “incongruencia interna” entre el fallo y los fundamentos jurídicos, por no tratarse dicho supuesto de una incongruencia en sentido estricto —al no comparar las pretensiones deducidas con el fallo—, sino de un defecto de motivación amparable en el art. 24.1 CE pero ajeno al muy delimitado ámbito de cognición del incidente de nulidad, siendo el incidente por tal motivo manifiestamente improcedente a los efectos del recurso de amparo por imposibilitado para reparar el derecho vulnerado (STC 68/1997, de 8 de abril y, con mayor claridad, STC 42/2004, de 23 de abril).

Esta vinculación constitucional del incidente de nulidad con el recurso de amparo, como era de prever, abocó a que las dudas de coordinación entre la LEC/2000 y la LOPJ reformada terminaran por llegar al TC, quien tuvo que enfrentarse a tan delicada cuestión sin alterar su doctrina reiterada por la que la interpretación del contenido y alcance de las

normas que regulan los recursos constituye una cuestión de legalidad ordinaria que, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, excede de su competencia por corresponder en exclusiva su solución a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 117 CE). Y lo hizo, como era de esperar, desde la única perspectiva en que podía hacerlo, es decir, limitándose a examinar si la demanda cumplía con el requisito de la LOTC de agotar los recursos en la vía judicial previa y, más precisamente, acudiendo al fundamento último o *ratio* de este requisito procesal y que no es otro sino el de verificar que el recurrente ha dado la ocasión al órgano judicial en la jurisdicción ordinaria de remediar la lesión del derecho fundamental.

Varios han sido los supuestos abordados, y la esencial idea que se extrae de la doctrina del TC es que el mero hecho de que exista en este ámbito una verdadera dificultad interpretativa, impide tachar de “manifestamente improcedente” la vía utilizada por el justiciable cuando, cualquiera que sea el escrito interpuesto (subsanción, complemento, incidente de nulidad de actuaciones), la respuesta obtenida del órgano judicial hubiera sido similar a la que hubiera obtenido de interponer el cauce alternativo (SSTC 174/2004, ATC 288/2005). Así, cuando en el ámbito penal se interpone subsanción del art. 215 LEC pese a existir una previsión específica en la LeCrim, pero el órgano judicial lo admite, el TC afirma que en tal caso no es exigible el incidente de nulidad de actuaciones de la LOPJ (en el caso examinado todavía art. 240.3 LOPJ) (SSTC 174/2004, ATC 288/2005), o cuando, en un pronunciamiento más respetuoso con la decisión judicial, considera que se ha cumplido el requisito de la subsidiariedad del recurso de amparo y no se interpone un recurso improcedente en aquellos casos en que el propio órgano judicial decide admitirlo inicialmente aunque finalmente lo desestime (STC 119/2006). Incluso, en uno de los casos más extremos, como es el examinado en la STC 135/2007, el TC rechaza la existencia de un óbice procesal por haberse acudido al incidente del art. 241

LOPJ en lugar de al complemento del art. 215 LEC, a pesar de que, precisamente, el órgano judicial había inadmitido *a limine* el incidente interpuesto por considerar que la incongruencia omisiva denunciada era “tan patente” y grosera, que el cauce que se debió seguir era el del complemento del art. 215.2 LEC, desestimando el incidente y manteniendo, con ello, la lesión del derecho fundamental denunciada. Frente a tal tesitura, el TC insiste en que desde la perspectiva del recurso de amparo en este caso también se ha conseguido lo pretendido a través de la exigencia del artículo 44.1 a) LOTC, dirigida a salvaguardar su carácter subsidiario y evitar la posibilidad de que se inste la tutela dispensable a través del recurso de amparo “sin haberse intentado la reparación del derecho ante la jurisdicción ordinaria cuando había un razonable cauce legal para ello”, sin que el cauce utilizado por el recurrente pueda calificarse para el TC de “manifestamente” improcedente, ni de inútil desde dicha y única perspectiva. Algo parecido, por lo demás, se razona en las más recientes SSTC 144/2007 y 232/2007.

b) Supuestos de lesión múltiple y cauces discordantes de reparación

La relevancia constitucional del incidente se dejaba sentir también con fuerza en otro tipo de supuestos igualmente relevantes: los consistentes en “doble o múltiple” pretensión constitucional con cauces de reparación no homogéneos. Se trata de supuestos frecuentes en los que se producen dos o más lesiones de derechos fundamentales que, al no ser reparadas en la jurisdicción ordinaria, se denuncian en amparo. Ello, cuando se trata de dos derechos puramente sustantivos, imaginemos, libertad de expresión y derecho de libertad sindical de un representante sindical, no presenta problemas a la hora de interponer el recurso de amparo pues lo normal es que en tales casos los derechos fundamentales alegados se hayan vulnerado con carácter previo al proceso judicial, conste por ello su denuncia desde la demanda originaria y se solicite su reparación a través de

los recursos pertinentes, siendo a continuación el recurso de amparo el único cauce posible al ser el incidente de nulidad de actuaciones grosera y manifiestamente improcedente a tales efectos.

Pero el problema surgía cuando el cauce de reparación de las variadas lesiones de derechos fundamentales previsto por el legislador no es común, en cuyo caso el recurrente se encuentra con cauces distintos de reparación según cuál sea la concreta lesión constitucional de que se trate y respecto de los que tiene que decidir si son alternativos, sucesivos o acumulativos. Se trata de casos en los que se considera vulnerado, de un lado, un derecho sustantivo (por ejemplo, libertad de expresión) que es objeto principal del pleito y para cuya reparación el incidente de nulidad de actuaciones resultaría “manifiestamente improcedente” y, de otro lado, adicionalmente el órgano judicial incurre durante el procedimiento en una infracción procesal reconducible al art. 24 CE y susceptible de reparación mediante la interposición del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ antes de la reforma de la LO 6/2007. El dilema en tal caso es evidente: ¿se debe acudir en amparo una vez finalizado el proceso aunque una de las pretensiones constitucionales, aisladamente considerada, pudiera considerarse extemporánea?, ¿es mejor no esperar respecto a la pretensión sustantiva e interponer el recurso de amparo directamente olvidando el incidente para evitar que declaren extemporáneo el amparo?, ¿debe interponerse un recurso de amparo denunciando la vulneración del derecho sustantivo, para el que el incidente resulta inútil, y un segundo amparo denunciando la vulneración procesal en caso de que finalmente el incidente interpuesto como cauce obligatorio sea inadmitido o desestimado?

La inseguridad jurídica del planteamiento descrito no es un ejercicio intelectual, sino una realidad aplastante como demuestra la propia jurisprudencia constitucional. Abreviando la compleja problemática que subyace al problema expuesto, baste aquí con señalar que a la hora de considerar cumplidos los requisitos

procesales a los que se condiciona la admisión de la demanda de amparo la doctrina del TC parte de una regla general que consiste en la imposible coexistencia de un recurso de amparo con una vía judicial abierta y, en particular, en la imposibilidad de admitir un recurso de amparo cuando el recurrente ha interpuesto al mismo tiempo, o de modo ulterior a la presentación del amparo, un incidente de nulidad de actuaciones (exponentes especialmente gráficos en este sentido la STC 189/2002, de 14 de octubre, con voto particular del Magistrado Tomás S. Vives Antón; o, más recientemente recogiendo la doctrina anterior, la STC 85/2006). De modo que una demanda de amparo alegando vulneración de derechos sustantivos (o procesales ajenos al cauce reparador que permite el art. 241 LOPJ), pero también de derechos procesales para los que está previsto el incidente de nulidad de actuaciones, deberá esperar a la resolución de éste, cualquiera que sea su resultado, y acudir después al Tribunal Constitucional en amparo.

Junto a esta clásica doctrina, el TC ha mantenido en alguna resolución aislada una postura diversa que, por criticada, será después rectificada soterradamente. En concreto, admitiendo la interposición de dos sucesivos recursos de amparo: el primero solicitando la reparación de las lesiones para las que el incidente de nulidad es imposible; y el segundo, en un momento posterior, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva exclusivamente por falta de reparación en la vía judicial de las vertientes que tienen acomodo en el incidente de nulidad inadmitido o desestimado. Esta posibilidad se anunciaba en el ATC 205/1999, de 28 de julio, aunque se rechaza por la estrecha vinculación que en el caso concreto enjuiciado presentaba la incongruencia denunciada con las lesiones sustantivas aducidas. Pero se muestra en todo su esplendor en la sentencia del caso “Nike” (STC 8/2004, de 9 de febrero) donde el TC admitió la interposición de un primer recurso de amparo en el que se denunciaba la vulneración de dos lesiones concretas: el art. 24.1 CE en su vertiente de motivación razonable y fundada en Derecho

y el art. 14 CE en su faceta de igualdad en la aplicación de la Ley, aunque al mismo tiempo se había interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones por entender que la sentencia impugnada incurría también en incongruencia omisiva e incongruencia por error; causas éstas para las que, obligatoria y necesariamente, entendía el justiciable que debía acudir al incidente con carácter previo al amparo y que se alegaban pero advirtiendo que respecto de ellas se interponía el incidente a fin de agotar correctamente la vía judicial previa. Una vez inadmitido dicho incidente, inmediatamente a continuación se acudió de nuevo en amparo por no haber sido reparadas las incongruencias denunciadas. Este segundo recurso también fue admitido con independencia de que el TS inadmitiese el incidente *a limine* habida cuenta de que desde la perspectiva de la subsidiariedad del recurso de amparo no se había interpuesto de modo manifestamente improcedente (se alegaban dos quejas expresamente contempladas en el entonces art. 240.3 LOPJ, con lo que era difícil, cuando no técnicamente incorrecto, aplicar la doctrina de la STC 189/2002). En consecuencia, tanto el primer como el segundo recurso de amparo se admitieron en momentos distintos, se consideraron temporáneos y terminaron acumulándose y resolviéndose sin considerar existente ningún óbice procesal.

La posición novedosa fue destacada por algún autor poniendo de relieve la ventaja de esta nueva posición al dotar al justiciable de algo más de seguridad jurídica, pese a destacar la ausencia de razonamientos sólidos del TC para descartar el carácter prematuro del primer recurso (GARCÍA-VILARRUBIA). Ciertamente afirmar como hace la Sentencia Nike que la razón básica de la admisión de los dos amparos es que en ambos se alegaban todas las pretensiones no resulta convincente pues, de ser así, siguiendo la doctrina general, alguno de los amparos debió inadmitirse total o parcialmente. Probablemente hubiera sido más sencillo razonar que en tal caso el agotamiento de la vía previa tenía en cuenta no tanto un determinado proceso y una determinada resolución judicial, cuanto concre-

tas pretensiones constitucionales, es decir, el TC pudo justificar el cambio en que lo importante son las pretensiones concretas deducidas y destacar que cuando las lesiones de derechos fundamentales no están imbricadas o claramente conectadas con las propias objeto del incidente de nulidad de actuaciones, verdaderamente la vía judicial previa para ellas ya estaba agotada. En el caso concreto el recurrente diferenció las pretensiones a la hora de recurrir e interpuso directamente el primer recurso de amparo alegando aquellas pretensiones para las que la vía judicial se había terminado, sin incurrir en un recurso manifestamente improcedente como sería el incidente respecto de las mismas, ni en extemporaneidad respecto a las incongruencias denunciadas para las que el incidente era obligado y necesario con carácter previo al amparo, en este caso, el segundo amparo. Esta posición, en la que se priman las pretensiones concretas frente al proceso judicial, sólo en alguna ocasión esporádica se ha sostenido después aunque de soslayo (STC 116/2006, de 24 de abril).

Hasta aquí, por lo tanto, los problemas más relevantes de la imbricación del incidente de nulidad de actuaciones con el recurso de amparo.

B) LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y LAS RAZONES DE UNA NUEVA REFORMA

a) Contracción del recurso de amparo y dilatación del incidente de nulidad de actuaciones como elementos necesarios para el reequilibrio de las funciones del Tribunal Constitucional

La reforma de la LOTC por la LO 6/2007 se aborda sobre la base de la experiencia acumulada de más de 25 años de antigüedad del Tribunal Constitucional y se justifica en su Exposición de Motivos en una necesaria reorganización de las competencias de este órgano para su mejor y más equilibrado cumplimiento. Aunque no se diga expresamente, se viene

a reconocer algo ya conocido, cual es que el exceso de recursos de amparo ocupa a la institución de un modo desmesurado, retrasando el conjunto de procedimientos que se desarrollan ante el TC y ello provoca que la justicia ofrecida sea, por tardía, ineficaz.

En relación con su particular función de garante de los derechos fundamentales, la reforma procede a establecer, como elemento central, una nueva regulación en la fase de admisión del recurso de amparo. La contracción que se pretende es más que relevante, al parecer primar ahora su carácter objetivo. Aunque todavía no se puede augurar cuál va a ser la interpretación constitucional de la nueva LOTC en este punto, lo cierto es que ahora se condiciona la admisibilidad del recurso de amparo a que el recurrente justifique debidamente la “especial trascendencia constitucional” (art. 49.1 LOTC) del recurso, la cual será apreciada por el TC “atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” [art. 50.1.b) LOTC]. Perspectiva desde la que, en definitiva, se produce un trasvase del amparo “subjetivo” al “objetivo”, es decir, se pone el acento no tanto en el justiciable y en la reparación del derecho que le ha sido particularmente lesionado, cuanto en la idea de que, al hilo de su lesión, sea posible elaborar una doctrina objetiva interpretativa de la que obtener una mejor delimitación de un concreto derecho con vistas a una proyección más general. No obstante, en el sistema español no parece que la dimensión subjetiva desaparezca, pues entonces no tendría sentido la delegación en las Secciones de la competencia para dictar sentencias de amparo en supuestos de mera aplicación de doctrina, a salvo de que se entienda que tal previsión se proyecta, exclusivamente, sobre la “futura” doctrina objetivada que pudiera irse gestando. En todo caso, la fuerte contracción sufrida por el recurso de amparo en esta fase no debiera suponer una supresión de supuestos de lesión patente de derechos fundamentales, en tanto que, como derechos, intrínsecamente refieren a un sujeto

y la referencia que se hace a la trascendencia en la “aplicación” de la Constitución, pudiera (y necesariamente debiera) dar cobertura a supuestos de patente, grosera e incontrovertible lesión de un derecho constitucional, so pena de deslegitimarse el TC como garante último de los derechos fundamentales.

Junto a ello y con la misma finalidad de garantizar los derechos fundamentales, la reforma de la LOTC otorga “a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex* artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”, ampliando los supuestos por los que puede solicitarse, de suerte que en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento, ahora se podrá solicitar “con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución”. Ampliación objetiva que se lleva a cabo con “la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales” a fin de “otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico” (III EM).

Ambas medidas, contracción y dilatación, se proclaman “encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria” (II EM).

b) La ampliación del incidente a todos los derechos fundamentales con acceso al recurso de amparo: un filtro poroso

El problema básico que plantea la nueva reforma del incidente de nulidad de actuaciones es que se actúa sobre una figura, el incidente de nulidad de actuaciones, nacido y pensado básicamente para reparar defectos de forma causantes de indefensión, que se reforma ex-

clusivamente en lo atinente a su ámbito objetivo, dejando inalterado el resto de su régimen jurídico, un régimen jurídico muy particular y declaradamente excepcional (por tratarse de un remedio para modificar la cosa juzgada). Es el hecho de que la reforma se acometa de modo parcial lo que la hace incurrir en algún defecto meramente técnico, pero, sobre todo, el que impide que se alcancen con plenitud los objetivos pretendidos por la LOTC/07.

Los primeros defectos de técnica legislativa se apreciaban ya en el Anteproyecto de Ley donde el párrafo primero del art. 241 LOPJ, único sobre el que la reforma actuaba, quedaba redactado del siguiente modo: “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 *aquella* 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”. Referencia señalada en cursiva que tenía sentido cuando se aludía a un objeto dual, los defectos de forma y la incongruencia, pero que carecía de sentido en un incidente ampliado. De ahí que, correctamente se suprimiera en el Proyecto de Ley (BOCG, Serie A, núm. 60-1, de 25 de noviembre de 2005) en el que se contiene la redacción que finalmente será definitivamente aprobada y que sólo difiere respecto al Anteproyecto en este pronombre demostrativo.

El definitivo y necesario ajuste del primer párrafo olvidaba, no obstante, que el art. 241 LOPJ contenía todo un régimen jurídico de carácter excepcional que necesariamente debía comprobarse y adecuarse so pena de generar disfunciones o incoherencias. Pero no se hizo, dejándose inalterado el mismo. Ello provoca algunos interrogantes. Así, por ejemplo, se mantiene que el cómputo del plazo para pedir la nulidad sea de veinte días y siga computándose “desde la notificación de la resolución o,

en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución”. Este segundo plazo tenía su sentido en supuestos como el de la vulneración del derecho de defensa por defectuosa realización de los actos de comunicación o la pérdida del escrito de personación, pero se ha considerado por la doctrina que tras la reforma el plazo de cinco años no resulta justificado con carácter general (BACHMAIER WINTER). Cabría no obstante entender que este último cómputo afecta única y exclusivamente a los supuestos clásicos de indefensión y respecto de ellos sigue teniendo vigencia pero que no es extensible al resto de derechos fundamentales sometidos al primer plazo, de suerte que el mantenimiento de un régimen dual seguiría teniendo sentido habida cuenta de que, precisamente, es en los supuestos clásicos de indefensión en los que el desconocimiento obliga a la ampliación a fin de que el derecho tenga una oportunidad de ser ejercido. En cualquier caso, el primer plazo (o plazo general) sigue planteando problemas en el *dies a quo* para su cómputo pues la notificación que se establece como referencia permitiría su interposición en fechas no uniformes a todas las partes dependiendo de la fecha en que a cada una se les haya notificado, por lo que hubiera sido más adecuado ampliar el plazo para interponer el incidente, pero computar como fecha única de inicio la de la propia resolución, dotando así al órgano judicial y a las partes de mayor seguridad jurídica.

Junto a ello, antes de la reforma ya se había cuestionado la oportunidad de que el mismo Juez que cometió la infracción fuera el competente para repararla pues mientras una parte de la doctrina consideraba que ello era beneficioso (porque el conocimiento directo y profundo del asunto dotaba de prontitud a la respuesta judicial), otros autores consideraban que la reparación se dificultaba, precisamente, por la posible posición reactiva del mismo órgano a reconocer haber cometido la infracción. Las dudas sobre la oportunidad de mantener el sis-

tema de competencia del clásico incidente de nulidad de actuaciones resurgen en la reforma porque la ampliación llevada a cabo exige revisar el completo fallo que el mismo órgano dictó (BACHMAIER). Para solventar estos resurgimientos, no obstante, podría sostenerse que, en realidad, se mantiene inalterada la dinámica anterior del incidente. Si los derechos sustantivos que ahora se pueden denunciar mediante el incidente de nulidad de actuaciones, necesariamente, no han debido poderse denunciar con anterioridad (pues en caso contrario el incidente no podrá admitirse), es difícil que el órgano judicial realice un completo replanteamiento del litigio pues al no haber podido denunciarse su lesión antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso los nuevos derechos alegados no habrán tenido oportunidad de ser examinados.

Finalmente, y entre otras menores que podrían enumerarse (como los relativos al momento en que debía agotarse el incidente reformado a partir de su entrada en vigor como requisito previo al amparo), dudas surgen igualmente en cuanto a los efectos de la estimación del incidente porque se mantiene que se repondrán las actuaciones al “estado inmediatamente anterior al *defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido*”, mandato de irregular técnica cuando se proyecta al conjunto de derechos que ahora tienen cabida en el art. 241 LOP, salvo en relación con el derecho a no sufrir indefensión.

En cualquier caso, pese a los pequeños ajustes expuestos, lo cierto es que el lastre más importante que pesa sobre la reforma es la propia configuración del incidente de nulidad de actuaciones. Pretender un filtro constitucional constituye una buena idea especialmente si con el mismo se logra concretar y definir con precisión la posterior pretensión constitucional; objetivo crucial a los efectos de un mejor funcionamiento del “nuevo amparo constitucional” que inaugura la reforma de los arts. 44 y 50 de la LOTC. Pero si el filtro se limita a los supuestos de vulneración constitucional “de último grado”, por así decirlo, la exigencia

legal de que antes no se haya podido invocar y no exista posibilidad ulterior alguna para denunciar la lesión recién producida ello limita definitivamente su potencial acción y pretendido campo de actuación. Es decir, lo que ya no está tan claro es que el incidente logre en un futuro los resultados para los que se ha previsto, es decir, la disminución de los recursos de amparo en la confianza de que la jurisdicción ordinaria va a ser la esperada garante de las lesiones a la par que salvadora del colapso del Tribunal Constitucional. Ciertamente la reparación de las lesiones constitucionales pueden volverse enormemente efectivas por el buen hacer judicial en muchos de los asuntos para los que carecía de sentido que el Alto Tribunal tuviera que dedicar su esfuerzo material y humano en una última revisión. Pero, probablemente, al final el incidente excepcional de nulidad termine por convertirse en una simple rutina accesoria pero obligada para acudir en amparo, igual que venía siéndolo. En otras palabras, todo aquello que no sea estimado o considerado favorablemente para quien insta el incidente en la jurisdicción ordinaria, acabará en el Registro General del Tribunal Constitucional (o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad a decir del nuevo art. 85.2 LOTC), con mayores o menores argumentos tal y como venía ocurriendo, como demuestra el mínimo porcentaje actual de recursos de amparo admitidos y, todavía más, el de los que terminan por obtener un pronunciamiento favorable.

En este sentido, no cabe sino afirmar que se trata de un filtro “poroso” que tan sólo reducirá el trabajo del TC en aquello que se estime en la vía jurisdiccional y el resto simplemente llegará un poco más tarde. Desde luego no es en el incidente donde se pueden reducir los amparos, sino en el régimen transitorio de falta de motivación de las providencias de inadmisión y, sobre todo, con las nuevas exigencias en la fase de admisión del recurso constitucional. Pero, además, la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no resuelve tampoco los problemas en relación al momento de interposición del recurso de amparo que

se planteaban antes de la reforma en casos de pretensión constitucional dual, ni despeja las dudas en cuanto al régimen jurídico de las incongruencias.

1º. Reforma y múltiple lesión constitucional: se perpetúan las dudas

Así, en primer lugar, por lo que se refiere a las dudas atinentes al momento de interponer un recurso de amparo basado en una lesión dual con discordante cauce reparador, los problemas se mantienen inalterados. Ciertamente hay un único supuesto claro al que la ampliación habría otorgado cobertura y resuelto. Me refiero a aquellos en los que la doble vulneración constitucional se produce en la última resolución judicial pero para los que antes de la reforma la vía de reparación no era común. Ello incluye, de un lado, a todas las lesiones de distintos aspectos reconducibles al derecho a la tutela judicial efectiva acaecidas en la última resolución judicial respecto de las que, ahora, necesariamente el incidente se convierte en camino obligado para agotar la vía judicial previa a los efectos de interponer un posterior amparo. Se solventan así los problemas generados cuando concurrían diversas vulneraciones del art. 24 CE, pero respecto a las cuales el incidente no resultaba un cauce omnicompreensivo, por ejemplo, cuando se lesionaba el art. 24 CE por incurrir en una incongruencia (para la que el incidente era un remedio útil), pero también por apreciarse un error patente o una motivación arbitraria (para el que el incidente debía inadmitirse *a limine* por exceder de su objeto). Asimismo, por otro lado, podrían incluirse procesos en los que la concurrencia de lesiones se diera entre un derecho fundamental procesal y uno sustantivo, como ocurriría cuando la última resolución judicial lesiona el principio de igualdad en la aplicación de la ley e incurre asimismo en un defecto procesal causante de indefensión. Ampliando el ejercicio de imaginación, incluso, se podría solventar algún excepcional asunto en el que la concurrencia fuera completamente entre derechos sustantivos, por ejemplo, que se vulnerara el derecho a la igualdad en la ver-

tiente recién indicada y a la legalidad penal (en supuestos de absolución en instancia y condena en apelación).

Pero, ciertamente, salvo el primer ejemplo (concurrencia de vertientes distintas del derecho a la tutela judicial efectiva), resulta muy difícil que en la última y definitiva resolución judicial se geste una novedosa y doble pretensión sustantiva, supuesto único en el que el incidente de nulidad se erige en cauce reparador global. Más bien al contrario, las lesiones de derechos fundamentales sustantivos se habrán producido antes del proceso y le sirven de presupuesto o, a lo sumo, se producirán a consecuencia del propio desarrollo del proceso (imaginemos coacción de la libertad de expresión de abogado, vulneración de la presunción de inocencia o de la imparcialidad judicial). En este último caso, no sólo podrán ser alegadas en su seno, sino que así deberá hacerse necesariamente (mediante la recusación en el momento oportuno, la protesta, la alegación en el recurso pertinente, etc.), so pena de incumplir el requisito al que se supedita un posterior recurso de amparo en relación con la exigencia de previa denuncia (o invocación) del derecho vulnerado tan pronto como se tuviera oportunidad. Y si ya han sido denunciados, por anteriormente producida la lesión, el incidente de nulidad no sirve para reparar la lesión dual por impedírsele su régimen legal, con lo que el amparo deviene, tal y como antes ocurría, la vía natural de reparación.

En definitiva, en los supuestos de doble pretensión, la tutela judicial ordinaria que se quiere potenciar con la reforma de la LOTC probablemente consiga el objetivo proclamado de reducir los recursos de amparo en aquellos casos en los que lo que se lesiona en la última resolución es un único derecho fundamental, el art. 24 CE (y, si se apura, el art. 24.1 CE y parcialmente del art. 24.2 CE), pero en vertientes variadas, pues ahora todas ellas pueden repararse mediante el incidente de nulidad de actuaciones, evitando con ello un ulterior recurso de amparo. Pero, incluso en tales mayoritarios casos, de no lograrse dicha reparación, no hay reforma que pueda impedir (salvo la

constitucional eliminando el propio recurso de amparo) que se acuda posteriormente en amparo, lo que demuestra, frente a los augurios del Consejo General del Poder Judicial previendo un aumento “sustancial” de las facultades de la jurisdicción ordinaria para tutela los derechos fundamentales, el escaso impacto real que tiene la ampliación de esta figura en la reducción de la sobrecarga del Tribunal Constitucional y la permanencia de las dudas relativas al momento de interposición del recurso de amparo en la abrumadora mayoría de casos en los que, todavía, la pretensión constitucional dual se siga produciendo en fases procesales distintas, salvo que consideremos, más allá de una interpretación literal del incidente, que la reforma pretende reforzar la regla general y permite soslayar la brevemente apuntada en el caso Nike.

2º. Mantenimiento del “incongruente” régimen de las “incongruencias”

Tampoco por lo que se refiere a las incongruencias la reforma ha aportado serenidad, perdiéndose en tal sentido una oportunidad justificadora.

En relación con las incongruencias omisivas el sistema se mantiene básicamente inalterado. De este modo, en resumida síntesis:

1º. Respecto a la incongruencia omisiva manifiesta y patente en la resolución que pone fin al proceso cuya reparación no suponga modificación del fallo, sino que tan sólo lo complementa, deberá distinguirse según el orden jurisdiccional.

En el orden civil, la situación se mantiene como antes de la reforma pues en caso de que la incongruencia se aprecie en la última decisión se deberá acudir al art. 215 LEC y después directamente en amparo. Las únicas novedades en este punto son sólo dudas. De entenderse aplicable el nuevo art. 241 LOPJ como un proceso de preamparo o amparo judicial especial y obligatorio como paso previo al recurso de amparo en todos los órdenes jurisdiccionales (lo que apoyaría el hecho de que su modificación se produzca, precisamente, al

hilo de la reforma de la LOTC y con una finalidad específica de reducción del volumen de recursos), podría pensarse que se abre un nuevo cauce de necesario agotamiento después de agotado el art. 215 LEC. Sin embargo, no parece que ello sea posible, simplemente porque si se ha interpuesto un escrito de complemento, ya se habrá denunciado con carácter previo la lesión constitucional y, en consecuencia, se incumplirá uno de los requisitos para acceder al incidente del art. 241 LOPJ, con lo que el régimen se mantendría inalterado. Otra posibilidad sería que, incluso en el ámbito civil, se optara por entender aplicable la LOPJ, como normativa especial en materia de derechos fundamentales. En cuyo caso cabría una alternativa novedosa: entender que no se debe acudir al complemento en tal caso y, en la medida en que supone una infracción del art. 24.1 CE en su vertiente de sentencia fundada en Derecho, acudir al mecanismo del art. 241 LOPJ y, después, de no subsanarse, en amparo. Esta posibilidad, sin duda, sería más afín con la declarada voluntad del legislador incrementando la tutela ordinaria de los derechos fundamentales y, por añadidura, solventaría algunos problemas en cuanto a su real garantía en dicha jurisdicción que evitaran supuestos como el que se resolvió en la STC 135/2007.

En el resto de órdenes jurisdiccionales en los que no se contemple una regulación especial, la situación es idéntica a la anterior, de suerte que, en caso de entender que el principio de competencia supone la aplicación exclusiva de la LOJP, habrá de actuarse por la vía del art. 267.5 y, en caso de no repararse en la jurisdicción ordinaria, acudir directamente en amparo.

2º También en relación con la incongruencia omisiva (manifiesta y patente, o no) en la resolución que pone fin al proceso cuya reparación suponga modificación del fallo se han de realizar diferencias.

Así, también en el orden civil la situación es exactamente igual a la de antes de la reforma. La ausencia de previsión específica de la LEC en el art. 228, abocaría a un amparo directo. Y la novedad remite a la duda ya planteada en

relación con el supuesto anterior sobre la aplicación, de entender que es un proceso especial y prevalente de tutela de derechos fundamentales, que debe acudir al art. 241 LOPJ y, de no repararse la lesión, después en amparo.

En el resto de órdenes en que no haya norma específica, la lesión debe ser reparada vía art. 241 LOPJ y, de no lograrse, posteriormente intentar el amparo.

3º. Finalmente en aquellos órdenes de la jurisdicción en que no se contemple una regulación específica para la incongruencia *extra petita* (causante, necesariamente, de indefensión con relevancia constitucional), la lesión debe ser reparada vía art. 241 LOPJ y, de no lograrse, posteriormente intentar el amparo. En el civil, salvo que la *extrapetita* se quiera considerar un defecto de forma causante de indefensión (en cuyo caso encuentra cobijo en el art. 228 LEC y deberá interponerse el incidente ahí contemplado), la única reparación posible es la del recurso de amparo directo o entender que, con carácter previo, en el ámbito civil es posible acceder también al incidente contemplado en el art. 241 LOPJ por acoger una previsión de tutela general de los derechos fundamentales para toda la jurisdicción ordinaria.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Nada puede objetarse a la necesidad de una reforma del incidente de nulidad de actuaciones y del propio recurso de amparo. El acuciante y desmesurado peso de este último en las tareas del Tribunal Constitucional llevaba años preocupando a los Presidentes de esa institución. La reforma operada en el recurso de amparo, tanto en los pendientes de resolución (enervando la necesidad de motivar la providencia de inadmisión: Disp. Transit. 3ª LOTC), como de los que se interpongan a partir de su entrada en vigor (invirtiendo el planteamiento existente hasta el momento y exigiendo que sea el recurrente quien acredite, no sólo la existencia indubitada y patente de

una lesión de un derecho fundamental, sino que la lesión evidente, adicionalmente, presenta trascendencia constitucional; o agilizando la resolución de amparos de mera aplicación de doctrina mediante la posibilidad de que se pronuncien las Secciones en lugar de las Salas), al margen de algunos problemas técnicos, era necesaria y, sin duda, va a ser el pilar más eficaz para lograr los objetivos anunciados por la Exposición de Motivos de la LO 6/2007.

Por el contrario, la proyección de la reforma más allá de la propia LOTC afectando al incidente de nulidad de actuaciones se muestra menos efectiva. La ampliación del ámbito subjetivo del incidente de nulidad llevado a cabo sin una paralela modificación y adecuación de su completo régimen jurídico, aunque resuelve algún problema, lo hace de modo aislado, no generalizable y cuantitativamente poco relevante, dejando, además, incólumes algunos de los aspectos más problemáticos en cuanto a su interrelación con el recurso de amparo y el cumplimiento de sus requisitos de admisión. Como se ha tenido ocasión ya de señalar, los únicos amparos que podrían filtrarse serían los justificados que ahora estima el TC, pero se trata de un número mínimo que no justifica el coste de un nuevo proceso con la demora que ello lleva consigo (DESDENTADO, 2007).

Ciertamente no es fácil dar alternativas eficaces y eficientes exentas de quiebras técnicas. El último autor citado propone para resolver el colapso del TC ocasionado por el recurso de amparo actuar en lugar de en la oferta, como hace la LO 6/2007, hacerlo en la demanda mediante dos tipos de medidas. La primera, mediante el establecimiento de costas o de depósitos en el recurso de amparo como mecanismo para desincentivar el abuso. La segunda, mediante la propia autolimitación del Tribunal Constitucional evitando ser la última palabra en cuestiones menores y dejando de lado su políticamente correcta doctrina constitucional excesivamente comprensiva con los defectos procesales de las partes y demasiado rigurosa con las decisiones judiciales.

Limitándonos no obstante a la exclusiva problemática que presenta el incidente de nu-

lidad de actuaciones, baste aquí con señalar que si la bienintencionada reforma hubiera realizado alguna pequeña modificación adicional pero dando un vuelco a la naturaleza originaria del incidente de nulidad de actuaciones (que ahora ya no debiera siquiera ir calificado en cuanto al alcance de la nulidad), a lo mejor, se hubieran podido solventar algunos de los problemas existentes.

Así, podría convenirse la regulación de un breve incidente de nulidad por vulneración de derechos fundamentales contemplado en la LOPJ tal y como se hace pero que expresamente disipara dudas sobre su aplicación a todos los órdenes de la jurisdicción, pues con ello se resolverían (al menos pragmáticamente) los problemas de competencia a los que anteriormente hacíamos referencia y las disfunciones entre la LEC y la LOPJ. Del mismo modo, para soslayar la problemática específica de las lesiones duales para las que el incidente constituye sólo un cauce parcial [es decir, cuando para alguna de las lesiones de derechos fundamentales el incidente se muestra absolutamente improcedente por haber acaecido con anterioridad a la última decisión, pero al mismo tiempo es esta última la que incurre en la vulneración de un nuevo derecho fundamental, por lo que respecto de ella debe acudir al nuevo incidente], cabría pensar en modificar el actual régimen jurídico para permitir el incidente para alegar el conjunto de los derechos fundamentales vulnerados, con independencia del momento en que se produjo la lesión. Para evitar los evidentes peligros de desbordamiento de esta nueva ampliación, no obstante, debieran establecerse unos estrictos límites en cuanto a la posibilidad de insistir en lesiones de derechos que ya han recibido respuesta judicial. De un lado, en cuanto a la necesidad de haberse invocado los derechos tan pronto fueron conocidos a fin de evitar estrategias

procesales. De otro lado, permitiendo exclusivamente la alegación de derechos fundamentales que tenga algún fundamento. Para evitar que ello no sea así, no queda más remedio que echar mano de un remedio nada popular pero siempre efectivo, el de crear un mecanismo que haga costoso el incidente. Posición sobre la que no cabe oponer la justicia de ricos y de pobres, bastando con incluir tal aspecto en la normativa de asistencia jurídica gratuita. Junto a ello, la regulación debiera impedir una nueva casación o instancia y, a tal fin, ceñir la posible respuesta judicial respecto a las lesiones sobre las que el órgano judicial ya se hubiera pronunciado a su mera ratificación y a la concreción del dilema constitucional resuelto y planteado; o, por el contrario, de apreciar de modo excepcional que concurre la vulneración denunciada, declarar la nulidad y revocar el fallo vinculado a tal motivo. Con alguna fórmula así o parecida, se solventarían las dudas en cuanto al momento de interponer el amparo (al ser siempre obligatorio el incidente en los términos señalados) y, sobre todo, se dejaría en manos de los órganos judiciales la delimitación de la posterior controversia jurídico-constitucional, facilitando incluso la tarea que el TC debe hacer en la fase de admisión del recurso de amparo si se estableciera expresamente la obligación judicial de razonar la trascendencia o intrascendencia constitucional del derecho que se dice lesionado. Pero todo ello siendo consciente de que si el lector fuera Goethe me exigiría guardarle de mis dudas, al tener ya bastante con las suyas propias, y sólo beneficiarle con mis convicciones, en cuyo caso, probablemente este artículo debió terminar sin conclusiones.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

BORRAJO INIESTA I., “El empecinamiento en la nulidad de actuaciones”, *Tribunales de Justicia*, núm. 1/1998; CASAS BAAMONDE M.E., “La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de Sentencias”, *Relaciones Laborales*, núm. 2/2004, p. 2; DESDENTADO BONETE, *La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social”*, RL, 1996, I, p. 479 y “La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo”, en *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid (CEC y TC), 2007, pp. 23-30; Díez-PICAZO JIMÉNEZ I., “Un pequeño gran problema: indefensión y sentencia firme”, *Tribunales de*

Justicia, núm. 5/1997, y “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, *Tribunales de Justicia*, núm. 2/1998, pp. 141ss; GARCIMARTÍN MONTERO R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid (Civitas), 2002; HERRERO ALARCÓN F., “Reacción Procesal frente a notificaciones defectuosas: la nulidad de actuaciones”, en AA.VV. *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid (Lex Nova), pp. 361-362; LARROSA AMANTE, M.A., “El incidente de nulidad de actuaciones a instancia de parte”, *Jueces para la democracia*, núm. 36/1999, pp. 75-91; LOURIDO RICO A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC, Texto adaptado a la LO 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la LOPJ*, Granada (Comares), 2004; MERCADER UGUINA J.R., NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005; MORENILLA ALLARD P., “De nuevo sobre el incidente de nulidad de actuaciones: la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo”, *La Ley*, T 4-1999, p. 1644; VERGÉ GRAU J., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Barcelona (Bosch), 1982.

Fecha de recepción de originales: 22 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 11 de marzo de 2008.