

EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES COMO REMEDIO PREVIO AL RECURSO DE AMPARO. LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

MANUEL ARAGÓN REYES

Catedrático de Derecho Constitucional

Magistrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO.-

- I. El nuevo recurso de amparo.
- II. La nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones judiciales.
- III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones.
- IV. La función del Ministerio Fiscal en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones.

I. EL NUEVO RECURSO DE AMPARO

La reforma del recurso de amparo realizada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha transformado, sin duda, ese recurso. Transformación que supone, realmente, un cambio de modelo¹. Y ello, al margen de otros cambios introducidos (reformas relativas a la suspensión, a la deferencia de las Salas a las Secciones para dictar sentencia o a la ampliación de motivos en el incidente de nulidad de actuaciones), se ha producido, sobre todo, por la modificación del sistema de admisión de los recursos. Ahora, en lugar de tener que admitirse el recurso si no concurrían las causas de inadmisión previstos en la Ley (como sucedía antes, art. 50 del texto anterior de la LOTC), sólo podrá admitirse, una vez cumplidos, obviamente, los requisitos impuestos a la demanda [nuevo art. 50.1.a) de la LOTC], cuando el contenido del recurso tenga «especial trascendencia constitucional» [nuevo art. 50.1.b) de la LOTC].

1 Mi opinión sobre la transformación del amparo está expuesta, con cierto detalle, en «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, en especial págs. 12-26 y 29-42.

Esta objetivación del recurso de amparo no hace desaparecer su función de tutela, ya que el resultado estimatorio del recurso otorgará siempre esa tutela y por ello el Tribunal ha podido decir que, después de la reforma, «[e]l recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2), pero sí elimina la tutela subjetiva como pretensión suficiente, por sí sola, para hacer que el Tribunal conozca del recurso, ya que con ella ha de concurrir, necesariamente, la nueva causa objetiva de admisión. Así, aplicando la reforma efectuada por la LO 6/2007, lo ha declarado el Tribunal: para la admisión del recurso de amparo debe concurrir, «además de la lesión de un derecho fundamental del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE y art. 41 LOTC], una especial trascendencia constitucional del asunto [art. 50.1.b) LOTC]» (AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1, y 289/2008, FJ 1; y en similares términos STC 155/2009, FJ 2).

En coherencia con ello, el nuevo texto del art. 49.1 LOTC impone a la demanda la carga de «justificar la especial trascendencia constitucional del recurso», carga que «es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental» (AATC 188/2008, FJ 2 y 289/2008, FJ 2). Delimitando así, negativamente, el contenido de la «especial trascendencia constitucional» (no puede confundirse con la argumentación sobre la vulneración del derecho), aclarado que ha de efectuarse dicha justificación «de manera expresa» (AATC 188/2008, FJ 1 y 289/2008, FJ 1), y fijado que se trata de «un requisito insubsanable» de la demanda (AATC 188/2008, FJ 3, y 289/2008, FJ 3), quedaba sólo explicar, en positivo, cuál ha de ser aquel contenido, lo que el Tribunal ha hecho (aunque, prudentemente, de modo no exhaustivo) en la STC 155/2009, FJ 2), concretando los términos muy generales utilizados por el nuevo art. 50.1.b) LOTC, que se limitaba a disponer que el Tribunal apreciará esa especial trascendencia constitucional del recurso «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».

Ni que decir tiene que la «justificación» formulada en la demanda no vincula al Tribunal a la hora de admitir, que puede perfectamente entender que no se da la especial trascendencia constitucional, aunque haya sido argumentada por el recurrente, ni el hecho de admitir por estimar el Tribunal, en ese momento, que sí hay trascendencia, vincula tampoco al Tribunal a la hora de dictar sentencia, en la que no podrá descartarse que, examinado más detalladamente el asunto y oídas las alegaciones de las partes, pudiese no otorgarse el amparo por carecer (pese a la inicial apreciación) de esa especial trascendencia constitucional. Para disminuir ese riesgo (pero no para eliminarlo, como es claro y no podría ser de otra manera) el Tribunal tiene decidido que las admisiones se acuerdan por las Salas y no por las Secciones, aparte de que ello contribuye a la conveniente unificación de los criterios de admisión.

Este nuevo modelo de recurso de amparo que, además de suponer un remedio que ya era inexcusable para que el Tribunal pueda dedicarse más a los demás procesos constitucionales (en los que ningún otro órgano estatal puede sustituirlo), eliminando el lamentable retraso que venían sufriendo por la carga de amparos que en los últimos tiempos había de soportar, creo que no excede de la capacidad de actuación del legislador dados los términos utilizados por los arts. 53.2 y 161.1.b) de la Constitución. No obstante, sobre ello existe un debate doctrinal en el que no debo entrar. Como tampoco debo

pronunciarme acerca de las críticas respecto de la real eficacia de este nuevo modelo para aliviar al Tribunal de la sobrecarga de amparos que sobre él se cernía antes de la reforma. Es posible, por supuesto, que existan remedios más drásticos para cumplir ese objetivo². Pero lo que sí puedo señalar es que la reforma, al menos, ha servido para acabar, casi enteramente, con los retrasos que el Tribunal tenía en la resolución de los amparos. En mi opinión, la reforma de la LOTC (aquí ya respecto de otro extremo: la posibilidad de deferir a las Salas los asuntos de Pleno) puede facilitar, sin duda, que se solventen los retrasos acumulados en los demás procesos constitucionales, aunque de esa vertiente no voy a tratar porque excede el objetivo del presente trabajo.

Por otro lado, la reforma del amparo también ha supuesto su conversión en un recurso excepcional, dejando de ser, como hasta entonces, una especie de recurso ordinario o una última instancia en todos los procesos judiciales en que estuvieran concernidos los derechos fundamentales amparables. De este modo, después de la reforma, la tutela de los derechos fundamentales queda atribuida, de modo general u ordinario a los jueces y tribunales (que es precisamente lo previsto en el art. 24 de la Constitución), y sólo de modo excepcional (en supuestos de especial trascendencia constitucional) al Tribunal Constitucional, cumpliéndole a éste administrar el ámbito de su propia actuación en la materia. Actuación que es de extraordinaria importancia, porque a través de ella el Tribunal garantiza el carácter vinculante de su jurisprudencia para los jueces y tribunales ordinarios así como su función, irrenunciable, de supremo intérprete de los derechos fundamentales (para definir y redefinir su alcance y contenido).

Justamente en la línea de otorgar el máximo protagonismo a los órganos judiciales ordinarios en la tutela de los derechos fundamentales ha de entenderse, creo, una de las reformas sobre el amparo que la LO 6/2007 ha realizado, y a la que más atrás ya se aludió: la modificación del incidente de nulidad de actuaciones judiciales previsto en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al examen de esa concreta reforma, de su significado y alcance se dedicarán las demás páginas de este trabajo.

II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

La LO 6/2007 modificó el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el sólo extremo de sustituir las dos causas tasadas que antes existían para acudir a este incidente, indefensión o incongruencia en el fallo, por un elenco mucho más amplio: «cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución», es decir, de cualquiera de los derechos fundamentales susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2 La polémica doctrinal sobre el análisis constitucional de la reforma del amparo y sobre su eficacia o ineficacia para cumplir los objetivos que pretende está detallada en el artículo de J. C. CABAÑAS GARCÍA, «El recurso de amparo que queremos. (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 88, 2010, págs. 39-81. A la bibliografía allí citada me remito.

Como puede observarse, la reforma de ese texto legal viene a suponer que, cuando se den los requisitos legales para acudir al incidente, éste constituye un remedio de necesaria utilización para poder acudir después al Tribunal Constitucional, es decir, para que pueda considerarse agotada la vía judicial previa (art. 43.1 LOTC) o agotados todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales [art. 44.1.a) LOTC], que son requisito indispensable (salvo en los amparos frente a actos parlamentarios) para instar el amparo. El incidente de nulidad pone así, en manos de la jurisdicción ordinaria, un último remedio procesal para tutelar los derechos fundamentales o, incluso una última oportunidad para subsanar vulneraciones de esos derechos producidos por la misma resolución judicial que haya puesto fin al proceso. Téngase en cuenta que, ciñéndonos sólo a los derechos fundamentales de orden procesal, la anterior regulación del incidente no acogía más que dos supuestos: defectos formales que hubiesen causado indefensión o incongruencia del fallo, y ahora la nueva regulación protege todo el amplio elenco de derechos que, a la luz del art. 24 de la Constitución, el Tribunal ha venido reconociendo (aparte de proteger también a los demás derechos de cualquier orden susceptible de amparo, aunque por muchas razones no serán estos, sino los de orden procesal, los que podrán dar lugar, de manera general, al incidente).

Es cierto que cabría plantearse si un remedio así, de carácter horizontal (encomendado al mismo órgano judicial autor de la resolución final), es eficaz, o al menos, si no hubiera sido más eficaz un remedio de carácter vertical (encomendado a un órgano judicial superior al que dictó esa resolución final). La segunda opción podría tener ventajas, sin duda, pero quizás también inconvenientes derivados de la mayor complejidad procesal e incluso del mayor alargamiento de la vía judicial que ello podría suponer. Sobre este punto hay distintas opiniones doctrinales³. De todos modos, creo, el incidente, aun con el carácter horizontal que tiene, puede ser más eficaz de lo que cabría esperar si se adoptase una medida a la que voy a referirme después con más detalle: la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal.

Por lo demás, lo único que ha cambiado es el objeto, pero no la naturaleza, plazo y condiciones del incidente de nulidad, que siguen siendo los mismos que antes de la reforma. Así lo ha venido confirmado el Tribunal Constitucional al enjuiciar su procedencia como requisito previo al recurso de amparo.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES⁴

a) De manera general, hay que señalar, como más atrás ya se apuntó, que, con la ampliación del incidente de nulidad a todos los derechos fundamentales del art. 53.2 CE se pretende dar, como señala la **STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2**, una última oportunidad a la jurisdicción ordinaria para remediar la lesión del derecho fundamental antes de

³ Me remito nuevamente a la información que facilita el artículo de J.C. CABAÑAS GARCÍA, citado.

⁴ Para la elaboración de este epígrafe he contado con la valiosa colaboración de H. LOSADA GONZÁLEZ, Letrado del Tribunal Constitucional. En la cita de las resoluciones del Tribunal se destacan en negrita las producidas respecto de amparos interpuestos después de la reforma de la LOTC.

acudirse al recurso de amparo, siempre que la lesión sea imputable a la resolución que pone fin al proceso, pues si la supuesta lesión ya fue denunciada en el proceso antes de recaer la resolución no recurrible que pone fin al mismo el incidente de nulidad no es exigible (ni procedente, como luego se dirá), según recuerda el **ATC 275/2009, de 1 de diciembre, FJ Único**.

De este modo, el recurso de amparo será inadmisibles por falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) y 50.1.a) LOTC] si no se interpone incidente de nulidad (art. 241.1 LOPJ) contra la resolución judicial firme que pone fin al proceso, cuando dicha resolución es la que causa la lesión del derecho fundamental (y no ha existido, por tanto, oportunidad de denunciar esa pretendida lesión antes de recaer dicha resolución), como advierten los **AATC 177/2009, de 1 de junio, FJ 2, 233/2009, de 10 de septiembre, FJ 1, 239/2009, de 21 de septiembre, FJ Único, y 252/2009, de 19 de octubre, FJ 2**, respecto de demandas de amparo presentadas tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de LOTC.

En el mismo sentido cabe citar el **ATC 10/2010, de 25 de enero**, dictado en un recurso de amparo presentado también tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, en el que se denunciaba la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos, por un Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de inadmisión de un recurso de casación por no alcanzar la *summa gravaminis* exigida. En dicho **ATC 10/2010 (FJ Único)** se precisa que, no siendo ese Auto susceptible de recurso alguno, el incidente de nulidad de actuaciones era un remedio procesal que habría permitido al Tribunal Supremo reparar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se ha denunciado en el recurso de amparo, sin que el hecho de que el Tribunal Supremo hubiese oído a los recurrentes acerca de la posible inadmisibilidad del recurso de casación (art. 93.3 LJCA) antes de acordar la inadmisión mediante el Auto recurrido en amparo permita excluir la exigibilidad del incidente de nulidad, pues «la formulación de tales alegaciones no supone la denuncia de una vulneración de un derecho fundamental todavía no materializada, ni excusa de agotar todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales frente a la resolución que supuestamente la origina, entre los cuales se encuentra el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ, establecido como instrumento ciertamente excepcional para que los Tribunales desempeñen con plenitud su función ordinaria de primeros garantes de los derechos fundamentales, según recuerda el preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo». Este criterio se reitera en el **ATC 41/2010, de 9 de abril, FJ Único**.

b) También será inadmisibles el recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) y 50.1.a) LOTC] cuando se interpone de forma prematura por estar pendiente de resolución el incidente de nulidad (art. 241.1 LOPJ) promovido por el propio justiciable contra misma resolución judicial firme que pone fin al proceso y que recurre en amparo (por todas, **SSTC 72/2004, de 19 de abril, FJ 3, 97/2004, de 24 de mayo, FJ 3, y 332/2006, de 20 de noviembre, FJ 3**). Y lo mismo sucederá cuando el incidente de nulidad se presenta con posterioridad a la interposición del recurso de amparo (por todas, **SSTC 84/2004, de 10 de mayo, FJ 4, 13/2005, de 31 de enero, FJ 3, y 337/2006, de 11 de diciembre, FJ Único**), y como reiteran los **AATC 40/2010, de 5 de abril, FJ Único, y 42/2010, de 12 de abril, FJ 2**, dictados en amparos planteados tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

c) Del mismo resulta exigible la interposición del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ para entender cumplido el requisito de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC], según reiterada doctrina de este Tribunal, en los casos en los que, tras la inadmisión por el Tribunal Supremo del recurso de casación para la unificación doctrina interpuesto contra una Sentencia de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia, se pretende recurrir en amparo contra esta Sentencia aduciendo que la misma incurre en incongruencia (por todas, SSTC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3, 83/2004, de 10 de mayo, FJ 2, y 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 6; AATC 211/2005, de 12 de mayo, FJ 2, y 448/2006, de 11 de diciembre, FJ 2)⁵.

d) Asimismo sigue siendo aplicable al incidente de nulidad de actuaciones, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, la doctrina constitucional sobre el recurso manifiestamente improcedente, a efectos de provocar la extemporaneidad del amparo⁶.

En efecto, un incidente de nulidad contra la resolución firme que pone fin al proceso y en el que se pretendiese volver a plantear las presuntas lesiones de derechos fundamentales ya alegadas durante la sustanciación del proceso sería un remedio procesal manifiestamente improcedente, que puede determinar la inadmisión del recurso de amparo, si éste se presenta fuera de los plazos legalmente establecidos (arts. 43.2 ó 44.2 LOTC, según proceda), conforme venía señalando la doctrina constitucional (SSTC 237/2006, de 17 de julio, y 323/2006, de 20 de noviembre, por todas).⁷

No obstante, si pese a la evidente improcedencia legal del incidente de nulidad el órgano judicial no se limita a inadmitirlo (art. 241.1 *in fine* LOPJ), sino que lo tramita y desestima (art. 241.2 LOPJ), parece que hay que entender que en este caso ese incidente no puede ser calificado como «manifiestamente improcedente» a los efectos del plazo de interposición del recurso de amparo, por lo que un amparo presentado dentro del plazo legalmente establecido contado a partir de la notificación de la resolución que desestima el incidente de nulidad no podría ser inadmitido por extemporáneo (así, STC 148/2003, de 14 de julio, FJ 2); como tampoco podría serlo el recurso de amparo presentado dentro del plazo legalmente establecido contado a partir de la notificación de la resolución que desestima un recurso de súplica (improcedente legalmente, pero ofrecido

5 Esta doctrina constitucional se ha desarrollado en el ámbito de la jurisdicción social, respecto del vicio de incongruencia (cuya reparación difícilmente puede obtenerse en el marco de un recurso para la unificación de doctrina, dadas las especialidades de este recurso extraordinario), pero no parece que exista impedimento su aplicación a las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que la naturaleza y caracteres del recurso para la unificación de doctrina son los mismos en ambos órdenes jurisdiccionales.

6 Con la salvedad, obviamente, de la doctrina constitucional que consideraba manifiestamente improcedente el incidente de nulidad que se promovía para denunciar vicios distintos a los indicados en el art. 241.1 LOPJ en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, esto es, defectos formales causantes de indefensión o incongruencia del fallo (por todas, STC 40/2009, de 9 de febrero, FJ 3). La ampliación del incidente de nulidad con la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 a «cualquier vulneración de un derecho fundamental de los comprendidos en el artículo 53.2 de la Constitución» torna en inaplicable dicha doctrina constitucional a los incidentes de nulidad que puedan presentarse tras su entrada en vigor.

7 Obviamente, si pese a la interposición de un incidente de nulidad (o de un recurso) manifiestamente improcedente la demanda de amparo se presenta una vez rechazado por el órgano judicial aquel remedio procesal, pero dentro del plazo establecido a contar desde la resolución judicial contra la que improcedentemente se recurrió, esa improcedencia manifiesta no determina la inadmisión del recurso de amparo (por todas, STC 17/2008, de 31 de enero, FJ 2).

por el propio órgano judicial) contra la resolución que inadmite o desestima un incidente de nulidad (STC 69/2003, de 9 de abril, FJ 2, y, sobre todo, STC 241/2006, de 20 de julio, FJ 3, ésta última en amparo avocado al Pleno).

e) Por último, también debe seguirse entendiendo aplicable tras la reforma del incidente de nulidad del art. 241.1 LOPJ por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, la doctrina constitucional conforme a la cual en los supuestos de amparo electoral no resulta exigible la utilización de este remedio procesal excepcional «atendida la regulación especial del recurso de amparo en materia electoral, la finalidad de proporcionar rápidamente certeza al resultado electoral y el tenor literal de los arts. 49 y 114 LOREG» (por todas, SSTC 155/2003, de 21 de julio, FJ 5, y 96/2007, de 8 de mayo, FJ 3, y ATC 13/2000, de 11 de enero, FJ 3).

IV. LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL NUEVO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos constitucionales en que esa intervención procede (y es preceptiva), el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad, supone, sin duda alguna, una colaboración relevante, y muy eficaz, para el ejercicio por el Tribunal de su jurisdicción. En el amparo, en particular, al margen de la legitimación que tiene atribuida para interponer el recurso (que, por razones obvias, ha utilizado sólo en muy contadas ocasiones), la intervención del Fiscal adquiere un especial protagonismo, de un lado porque es el único legitimado (art. 50.3 LOTC) para recurrir en súplica las providencias de inadmisión (excepto en el caso previsto en el art. 50.4 LOTC, donde frente a la inadmisión no cabe recurso alguno), y de otro porque con sus alegaciones coopera, de manera muy eficaz, en la resolución del amparo. Salvo, pues, en los casos en que interponga el recurso (y aun ahí su actuación no puede considerarse ajena a su posición general de instar la tutela de los derechos) el Fiscal, en los recursos de amparo, no actúa en condición de parte (a diferencia, por ejemplo, del Abogado del Estado), sino de órgano que tiene encomendada la tarea de velar por la protección de los derechos de los ciudadanos, esto es, al servicio de los intereses generales. Esa intervención, preceptiva, en todos los amparos, constituye al Ministerio Fiscal como un colaborador necesario del Tribunal para el ejercicio por éste de su función de tutela de los derechos fundamentales.

Dicho lo anterior, de lo que se trata ahora es de examinar, en relación con ello, si debiera intervenir también, de modo preceptivo, en el incidente de nulidad de actuaciones judiciales, que, aunque residenciado en la jurisdicción ordinaria, tiene por objeto, y ello es claro después de la reforma, la tutela de los derechos fundamentales, y que, además, está conectado funcionalmente con el amparo, en la medida en que a través de ese incidente puede descargarse de asuntos al Tribunal. Si el Fiscal coopera en la resolución del incidente, está cooperando, por ello, al mismo tiempo, con la jurisdicción constitucional.

Es cierto, como ya más atrás se apuntó, que concebido (así lo está legalmente) el incidente como un remedio judicial de carácter horizontal, ello podría mermar su eficacia. Pero también es cierto que su potencialidad para remediar vulneraciones de derechos producidos por las resoluciones del mismo órgano judicial ante el que se plantea el incidente

se acrecentaría, sin duda, dada la especial significación (y fuerza) que siempre tiene la intervención del Fiscal, esto es, más claramente, dada la autoridad e imparcialidad que caracterizan (o deben caracterizar) a sus actuaciones procesales y, en concreto, a sus alegaciones.

Tanto desde el punto de vista constitucional como legal no habría obstáculos para ello, más aún, esa intervención parecería obligada. El art. 24 de la Constitución le encomienda como misión la de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, y en los mismos términos se pronuncia el art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que en su art. 3.11 concreta esa misión, en lo que ahora nos importa, en la específica función de «Intervenir en los procesos judiciales de amparo», lo que ha de interpretarse, necesariamente, que incluye los procesos especiales de tutela de los derechos fundamentales residenciados en la jurisdicción ordinaria. Ello es así porque no cabe reducir esos «amparos judiciales» al amparo ante el Tribunal Constitucional. No sólo porque la legitimación del Fiscal para interponer el recurso de amparo se contenga en otro apartado del art. 3 (el número 12), tampoco porque su intervención en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional, en defensa de la legalidad, también estén en ese otro apartado 12, que ello no sería un argumento literalmente seguro, ya que, de un lado, la intervención a la que me estoy refiriendo no puede identificarse con la interposición del recurso y, de otro, en los procedimientos de tutela de derechos el Fiscal no interviene sólo en defensa de la legalidad sino, sobre todo, en defensa de la constitucionalidad. Sino porque con el empleo por el art. 3.11 de la expresión «amparos judiciales», que podría quizás plantear la duda de si esta expresión es afortunada para incluir los amparos constitucionales, ya que el Tribunal Constitucional no es exactamente «órgano judicial» (no se incluye en el Poder Judicial), aunque si ejerce función «jurisdiccional», lo que sí está claro, fuera, pues, de toda duda, es que aquella expresión incluye a los procesos de tutela de los derechos fundamentales atribuidos a los órganos «judiciales», esto es, a los órganos de la jurisdicción ordinaria, procesos, pues, de amparo (tutela) «judicial», mientras que el proceso ante el Tribunal Constitucional es de amparo «constitucional».

Por otro lado, esa es, además, la interpretación que dota de coherencia interna al texto del art. 3.11 de la Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: éste interviene en amparo (tanto en su vía «judicial» como en su vía «constitucional») de la misma manera (segundo inciso del precepto) que interviene en la cuestión de inconstitucionalidad (tanto en la fase «judicial» de su planteamiento, como no hay más remedio que admitir, como en la fase «constitucional» de su resolución).

El nuevo incidente de nulidad de actuaciones no es, claro está (nunca lo ha sido), un recurso, sino un proceso, bien que un proceso incidental, cuyo cometido es, también sin duda, sobre todo después de la reforma del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el de la tutela de los derechos fundamentales; es decir, es propiamente, un «amparo judicial» en los términos del ya citado art. 3.11 de la Ley del Estatuto Orgánico. No hay, pues, obstáculo legal para que el Fiscal intervenga en ese incidente, más bien lo que hay, a mi juicio, según he argumentado más atrás, es obligación para su preceptiva intervención. Que ello requiera determinadas modificaciones organizativas en el seno del Ministerio Fiscal e incluso (no creo que necesariamente) algunas reformas normativas no pone en cuestión la pertinencia constitucional y legal de dicha intervención, con la

que, sin duda, se potenciaría la tutela de los derechos por la jurisdicción ordinaria y se contribuiría al mejor funcionamiento del Tribunal Constitucional.

TITLE: *The «incidente de nulidad de actuaciones»: A remedy previous to the appeal for protection. The General Attorney's Function.*

ABSTRACT: *This paper is a study of the recent reform of art. 241 LOPJ, regarding the previous modification of our appeal for protection of fundamental rights introduced by LO 6/2007, of 24th may, and focuses specially on the new powers and competences conferred to the Attorney General.*

RESUMEN: *El trabajo aborda la modificación del incidente de nulidad de actuaciones judiciales previsto en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma del recurso de amparo realizada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Se presta especial atención a la función del Ministerio fiscal en el nuevo incidente referido.*

KEY WORDS: *Constitutional Court. Appeal for protection of fundamental rights. Objetivation.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Constitucional. Recurso de amparo. Objetivación. Incidente de nulidad de actuaciones.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 26.05.2010 FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.07.2011

