

Dret constitucional del procés

Vicente Pérez Daudí

PID_00193820



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	7
1. La imparcialitat judicial	9
1.1. Enfront del poder executiu	9
1.2. Enfront del poder legislatiu	10
1.3. Enfront del poder judicial	11
1.4. Respecte de les parts	12
1.5. Respecte de la seva mateixa persona	15
1.6. El correlat de la independència: la responsabilitat	15
2. Els principis del procés	17
2.1. Principis essencials del procés	17
2.1.1. El principi de dualitat de posicions	17
2.1.2. El principi d'audiència	19
2.1.3. El principi d'igualtat	19
2.2. Principis derivats del dret material aplicat	20
2.2.1. Principi de conveniència - principi de necessitat	20
2.2.2. Principi d'oportunitat - principi de legalitat	21
2.2.3. Principi dispositiu - principi d'immutabilitat	22
3. Els principis del procediment	26
3.1. El principi d'oralitat	26
3.1.1. Immediació	27
3.1.2. Concentració	28
3.1.3. Publicitat	29
3.2. El principi d'escriptura	29
3.2.1. Mediació	30
3.2.2. Dispersió	30
3.2.3. Secret	31
4. Especial referència a l'assistència lletrada	32
4.1. La cobertura constitucional	32
4.2. La llibertat d'expressió de l'advocat i el procés	35
5. La protecció civil dels drets fonamentals	37
5.1. Introducció	37
5.2. Els caràcters del procés de protecció dels drets fonamentals que preveu l'article 53.2 de la Constitució espanyola	40
5.2.1. La preferència	40

5.2.2. El caràcter sumari	41
6. Situació actual.....	44
7. La protecció dels drets fonamentals processals.....	46
Activitats.....	47

Introducció

En aquest treball sobre el dret constitucional del procés s'analitza, en primer lloc, la imparcialitat judicial. Un dels caràcters essencials de la jurisdicció és la qualitat de tercer de la persona que ha de dictar la resolució jurisdiccional, és a dir, resoldre la qüestió plantejada de manera irrevocable. Per aquest motiu no es pot entendre l'existència de la jurisdicció sense la imparcialitat. La imparcialitat té tres vessants: respecte de la resta de poders de l'Estat, és a dir, el poder legislatiu i executiu; respecte del poder judicial i la seva relació amb el Consell General del Poder Judicial; i respecte de la seva mateixa persona que es manifesta per mitjà de les causes de recusació i abstenció.

A continuació s'analitzen els principis processals. En aquest capítol distingim entre els del procés i els del procediment.

El procés judicial és el sistema per mitjà del qual el Tribunal forma la resolució judicial. N'és el caràcter essencial la irrevocabilitat o l'eficàcia de cosa jutjada. Però perquè això sigui així és imprescindible que el Tribunal sigui un tercer imparcial i que concorrin uns principis essencials en el mecanisme de formació. Per a això es protegeix, tal com s'ha desenvolupat en el capítol anterior, unes garanties respecte de la resta de poders de l'Estat i de la mateixa persona del titular del poder judicial, però també és essencial que la formació del judici jurisdiccional es desenvolupi d'una manera que assegurï aquesta imparcialitat. Aquests són els principis de dualitat de posicions, d'audiència i d'igualtat.

A més a més, hi ha uns principis que deriven del dret material aplicat, ja que pot tenir caràcter dispositiu o no per a les parts. Així es distingeix entre el principi de conveniència i el principi de necessitat per a explicar el caràcter obligatori o no del procés per a aconseguir una conseqüència jurídica. El principi d'oportunitat i de legalitat per a descriure l'activitat de les parts en el procés judicial. I finalment, els principis dispositiu i d'immutabilitat com a criteris informadors de la possibilitat que les parts puguin posar fi al procés, tant resolent de comú acord la qüestió de fons com al procediment.

El procediment és el mètode de formació del judici jurisdiccional. Pot estar informat majoritàriament per l'escriptura o l'oralitat, ja que actualment no hi ha un procediment exclusivament oral o escrit, sinó que sempre se succeïxen actes d'un caràcter i un altre. Des d'aquesta perspectiva el procediment informat per l'oralitat produeix una sèrie de conseqüències: la immediació, que descriu la pràctica de la prova davant el Tribunal que ha de dictar la resolució jurisdiccional; la concentració, que explica la realització de la prova en

un moment temporal o de manera consecutiva; i la publicitat, que permet que els tercers es puguin formar un criteri sobre la qüestió de fons i així valorar la decisió jurisdiccional.

El procediment escrit es caracteritza pel següent: la mediació, ja que la prova es practica per escrit i no és necessari que es realitzi davant el jutge que dictarà la resolució jurisdiccional final; la dispersió, ja que la prova es practica en diferents moments processals i no en un sol acte; i el secret, ja que els tercers no tenen accés a les actuacions judicials.

Una vegada delimitats els principis del procés i del procediment, desenvolupem l'assistència lletrada com a dret constitucional. Aquest dret ha estat reconegut nombroses vegades pel Tribunal Constitucional com a integrant del dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24 de la Constitució. A més a més, deriva del principi d'igualtat, ja que garanteix que les parts tindran uns coneixements jurídics mínims. Hem optat per donar-hi un tractament diferenciat a causa de la importància que té. També desenvolupem en aquest capítol els aspectes relatius als límits de la llibertat d'expressió de l'advocat en el procés.

Finalment, desenvolupem els mecanismes previstos legalment pel legislador per a protegir els drets fonamentals. El criteri informador està regulat en l'article 53.2 de la Constitució, que preveu que els drets previstos en l'article 14 i en la secció primera del capítol segon s'han de protegir amb un procediment preferent i sumari i, si fos necessari, amb el recurs d'empara. A continuació analitzem la protecció dels drets fonamentals en l'ordre civil i dels mecanismes previstos pel legislador perquè la part afectada pugui al·legar la vulneració de drets fonamentals de caràcter processal.

Objectius

- 1.** Examinar la imparcialitat judicial com a caràcter essencial de la jurisdicció i la relació amb el poder executiu, legislatiu i judicial.
- 2.** Estudiar els principis del procés i distingir entre els essencials de tot procés i els derivats del dret material aplicat.
- 3.** Analitzar els principis del procediment i distingir entre aquells en què predomina l'oralitat i l'escriptura.
- 4.** Desenvolupar la problemàtica de l'assistència lletrada com a dret constitucional i la llibertat d'expressió de l'advocat i el procés.
- 5.** Exposar els mecanismes de protecció civil dels drets fonamentals i distingir entre els substantius i els processals inclosos en l'article 24 de la Constitució espanyola.

1. La imparcialitat judicial

La independència ha d'informar la jurisdicció quan és expressiva de la imparcialitat.

Si la persona que exerceix la jurisdicció ha de ser un tercer, s'han d'articular els mitjans adequats perquè aquest la pugui mantenir i situar-se *supra partes*.

Citació

Com afirma Castán Tobeñas, “siendo independiente el organismo judicial contará con la estimación, el respeto y la confianza de los ciudadanos”.

José Castán Tobeñas (1951). *Poder judicial e independencia judicial* (pàg. 44). Madrid: Instituto Editorial Reus.

Per això s'ha de protegir l'òrgan judicial de tota influència que no derivi del coneixement del litigi. La seva finalitat és aconseguir una activitat jurisdiccional més eficaç, però no en constitueix una nota essencial.

1.1. Enfront del poder executiu

Tradicionalment, la funció judicial havia estat considerada un apèndix del poder executiu, fins a l'extrem que els seus integrants eren considerats uns funcionaris més.

Citació

Gimeno Sendra ens indica que “la magistratura así concebida, aparecía como un orden de funcionarios fuertemente jerarquizado, de la que se pretendía, además de la aplicación de la ley, su sumisión a la moral colectiva, cuyo depositario e intérprete era el Poder Ejecutivo, a quien se le encomendaba la facultad de imponer las correspondientes sanciones a los miembros de la Magistratura que pudieran comprometer la *dignité de son caractère*”.

J. V. Gimeno Sendra (1981). *Fundamentos del derecho procesal* (pàg. 70). Madrid: Civitas Ediciones.

A continuació fa un estudi comparat de les causes de destitució en què poden incórrer els jutges i magistrats i la resta de funcionaris de l'Administració pública i arriba a la conclusió que “los tales motivos de destitución son hoy superiores y menos graves para los demás funcionarios de la Administración del Estado”.

J. V. Gimeno Sendra (1981). *Fundamentos del derecho procesal* (pàg. 71). Madrid: Civitas Ediciones.

Lectura recomanada

M. Fenech Navarro (1962). “Patología procesal y orgánica”. A: *Estudios de Derecho Procesal* (amb Carreras Llanasana, pàg. 96). Barcelona: Llibreria Bosch.

A més aquesta circumstància es manifestava en la dependència orgànica del Ministeri de Justícia. Actualment el mitjà que s'ha articulats per a protegir el poder judicial de l'executiu és la creació d'un òrgan d'autogovern del poder judicial mitjançant el Consell General del Poder Judicial. No obstant això, la seva independència no és completa perquè un àmbit tan important com el pressupostari depèn encara del poder executiu, i és competència del CGPJ proposar un avantprojecte de pressupost. Aquesta circumstància pot implicar una planificació incorrecta del poder judicial i una disminució de la imparcialitat del poder judicial respecte de l'executiu.

1.2. Enfront del poder legislatiu

La influència que pot exercir aquest poder enfront del judicial és de tres tipus: pot dictar una nova llei que deixi sense efecte una resolució judicial, pot nomenar els vocals del CGPJ i pot interferir la tasca judicial d'investigació mitjançant les comissions d'investigació.

La funció del **poder judicial** és **jutjar** de manera irrevocable la situació plantejada al seu coneixement, la qual es podria vulnerar si el poder legislatiu pogués dictar una llei que modifiqués la decisió adoptada. Això aniria en contra de la mateixa autonomia del poder judicial en el sentit que podria desvirtuar la decisió adoptada pel poder legislatiu. També afectaria un criteri funcional de l'Administració de justícia, perquè una nova norma legal que permetés revisar les decisions irrevocables adoptades produiria un deversall de peticions davant els òrgans jurisdiccionals per a modificar la resolució inicial.

Hem de tenir en compte que una actuació d'aquest tipus afectaria la mateixa funció legislativa, que consisteix a dictar normes de caràcter general destinades a donar pautes de conducta per a regular les relacions socials.

El poder judicial té la funció de determinar la norma de conducta aplicable a una situació concreta i fer-la efectiva. Conseqüentment, el poder legislatiu no té la possibilitat, si actua dins de la seva esfera, de dictar una llei d'aquest tipus.

Una altra manera com el poder legislatiu podria influir en el poder judicial és mitjançant el nomenament dels vocals del seu òrgan d'autogovern, el CGPJ. L'article 112 de la LOPJ preveu que la designació dels seus membres l'ha de fer el Congrés dels Diputats i el Senat per una majoria de 3/5. Hem de tenir en compte que aquest sistema de designació va modificar el sistema establert anteriorment en la LOCGPJ, que permetia als jutges i magistrats triar uns vocals d'aquest òrgan. El TC va recomanar el sistema anterior, però va afirmar la constitucionalitat d'aquest mètode d'elecció.

Vegeu també

Per a obtenir-ne més informació, vegeu Montero Aroca (1985, gener-juny). "La función jurisdiccional y el *status* de jueces y magistrados". *Documentación Jurídica* (tom XII, núm. 45/46, pàg. 110). I la rèplica de Lorenzo Martín Retortillo Baquer (1985, gener-juny). "Comunicación a la ponencia sobre la función jurisdiccional y el *status* de los jueces y magistrados". *Documentación Jurídica* (tom XII, núm. 45/46, pàg. 119).

Vegeu també

Respecte d'aquest mètode d'elecció, es pot consultar la STC 108/1986, de 26 de juliol, FJ tretzè (BJC 1986, 64-65, pàg. 1036).

El resultat ha estat totalment pernicios per al funcionament del CGPJ, perquè els vocals han estat triats amb criteris partidistes; en concret, són nomenats pels diferents partits polítics en un nombre proporcional a la seva representació parlamentària al Congrés dels Diputats.

I en cessar els vocals en el seu càrrec perquè ha transcorregut el temps per al qual van ser nomenats o perquè hi renunciaven, no s'han nomenat altres persones per substituir-les. Una mostra d'això és que s'ha reduït el quòrum necessari perquè el Ple del CGPJ es pogués reunir i adoptar decisions, ja que els seus membres eren inferiors als que s'exigia amb anterioritat. Aquesta situació ha comportat un menyscapse greu per a la independència del poder judicial.

Una última manifestació de la **ingerència del poder legislatiu sobre el judicial** ha estat la creació de comissions d'investigació en el si dels diversos òrgans legislatius escampats per l'Estat espanyol. La seva finalitat era la investigació i exacció de responsabilitats polítiques de determinades actuacions aparentment irregulars dutes a terme per persones vinculades a alguns partits polítics. La seva actuació ha interferit l'activitat judicial que s'estava fent sobre aquests, i ha creat una falsa creença que es jutjava de manera irrevocable, és a dir, assumint la funció que correspon al poder judicial. Independentment d'això, es feia sense que les persones responsables de l'activitat irregular gaudissin dels mínims drets reconeguts en la CE.

1.3. Enfront del poder judicial

La creació d'un òrgan d'autogovern del poder judicial ha motivat que també s'hagin d'articular els sistemes de protecció de la independència personal del jutge enfront dels òrgans de govern d'aquest. El **poder judicial** necessita una **escala jeràrquica** per a funcionar correctament. En aquesta, els diferents òrgans jurisdiccionals faran actes purament jurisdiccionals i actes administratius interns; així, per exemple, en aquest segon supòsit es troba el respecte de les normes de repartiment d'assumptes entre els de la mateixa espècie.

El CGPJ, a més d'aquestes funcions administratives, també és competent per a nomenar a nous membres de la judicatura (art. 107.4 i 307.3 LOPJ) i proveir els ascensos i els nomenaments. No obstant això, el nomenament de la presidència dels alts tribunals de la nació, com el TS, el TSJ i l'AN, és ratificat pel Ministeri de Justícia (art. 107.5 LOPJ).

Comissions d'investigació

En concret, els interrogatoris que van efectuar les comissions d'investigació es van fer sense publicitat i els acusats no podien acudir amb l'assistència tècnica d'un advocat.

Actes jurisdiccionals

En el primer cas, l'òrgan jurisdiccional no està vinculat en la seva actuació, excepte quan ignori de manera inexcusable una llei en vigor i aplicable al supòsit concret. En el segon tipus d'actes, la seva activitat s'emmarca en el si de l'Administració de justícia, que és governada pel CGPJ.

La garantia que té l'òrgan judicial en la seva actuació jurisdiccional enfront del CGPJ resideix en l'estatus especial que té respecte de la resta de funcionaris de l'Estat. Així, en els articles 117 i següents de la CE es regula aquesta condició, que s'ha de desplegar per mitjà d'una llei orgànica per reserva expressa de la CE. Hi destaca la inamovibilitat, que va ser un dels grans assoliments de la LOPJ de 1870, ja que per mitjà d'aquesta s'aconsegueix garantir la independència individual del jutge en l'exercici de les seves funcions. Però això és insuficient, ja que s'hauria de complementar amb l'establiment d'un sistema objectiu d'ascensos que satisfés el desig lògic de la persona humana de superar-se i d'anar progressant en l'escalafó, sobretot en una societat jerarquitzada com l'Administració de justícia.

Una altra característica de la **jurisdicció** que la garanteix de manera plena és que la jurisdicció es té o no es té, i això es determina per mitjà de les regles de competència objectiva, funcional i territorial. Així, quan un òrgan judicial sigui competent, ho serà de manera total. L'òrgan jurisdiccional té autonomia per a actuar en el marc de les seves competències, sense que pugui ser influït en la seva actuació per cap membre del poder judicial. L'única manera que hi ha de modificar una sentència judicial és per mitjà dels recursos que preveuen les lleis. Aquests tampoc no es poden considerar un atemptat a la independència de la resolució de l'òrgan jurisdiccional que s'impugna, sinó que impliquen que un òrgan col·legiat que està integrat per persones amb més experiència i, en teoria, amb més coneixements revisi el litigi. D'aquesta manera s'aconsegueix la independència d'un òrgan judicial respecte dels altres òrgans judicials.

1.4. Respecte de les parts

L'òrgan judicial, per a exercir correctament la funció que té assignada, ha de ser un tercer. En analitzar la seva evolució històrica, hem observat que les parts tendien a triar una persona que tingués *auctoritas*. Quan l'Estat l'assumeix l'ha de garantir en primer terme mitjançant la selecció dels jutges i magistrats i de la seva formació contínua. I com a última garantia s'ha de responsabilitzar de la seva actuació.

A més, el jutge ha de ser imparcial. Per a garantir-la es regulen unes causes d'abstenció i recusació en els articles 217 a 228 de la LOPJ i en els articles 99 i següents de la LEC.

Com indicava Calamandrei a *Elogio de los jueces escrito por un abogado*:

“El drama del Juez es la soledad; porque él, que para juzgar debe estar libre de afectos humanos y colocado en el escalón más alto de sus semejantes, difícilmente encuentra la amistad... y, si la ve que se avecina, tiene el deber de esquivarla con desconfianza, antes de que haya de darse cuenta de que la movía solamente la esperanza de sus favores o de que oiga se la censuran, como traición a su imparcialidad.”

P. Calamandrei (1396). *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (pàg. 129). Madrid: Editorial Góngora.

Citació

Castán Tobeñas estableix com a condició perquè s'instaurés la independència judicial l'existència d'"un sistema de escalafón, ascensos y provisión de vacantes libre de injerencias gubernativas" (*op. cit.*, pàg. 53). Posteriorment afirma, fent referència al sistema espanyol, que "sobre todo, la aplicación del sistema de ascensos y traslados han sido los elementos que han ejercido influencia más nociva y perturbadora sobre la independencia judicial" (*op. cit.*, pàg. 57).

Aquesta obligació s'estén als membres del Ministeri Fiscal, secretaris judicials, perits i el personal al servei de l'Administració de justícia (art. 100 LEC).

Abstenció i recusació

Les causes d'abstenció i recusació que preveu l'article 219 són:

1a. El vincle matrimonial o la situació de fet assimilable i el parentiu per consanguinitat o afinitat dins el quart grau amb les parts o el representant del Ministeri Fiscal.

2a. El vincle matrimonial o la situació de fet assimilable i el parentiu per consanguinitat o afinitat dins el segon grau amb el lletrat o el procurador de qualsevol de les parts que intervingui en el plet o la causa.

3a. Ser o haver estat defensor judicial o integrant dels organismes tutelars de qualsevol de les parts, o haver estat sota la cura o tutela d'alguna d'aquestes parts.

4a. Estar o haver estat denunciat o acusat per alguna de les parts com a responsable d'algun delictes o falta, sempre que la denúncia o l'acusació hagin donat lloc a la incoació de procediment penal i aquest no hagi acabat per sentència absolutòria o interlocutòria de sobreseïment.

5a. Haver estat sancionat disciplinàriament en virtut d'un expedient incoat per una denúncia o a iniciativa d'alguna de les parts.

6a. Haver estat defensor o representant d'alguna de les parts, haver emès dictamen sobre el plet o la causa com a lletrat, o haver-hi intervingut com a fiscal, perit o testimoni.

7a. Ser o haver estat denunciant o acusador de qualsevol de les parts.

8a. Tenir un plet pendent amb alguna d'aquestes parts.

9a. Tenir amistat íntima o enemistat manifesta amb qualsevol de les parts.

10a. Tenir interès directe o indirecte en el plet o la causa.

11a. Haver participat en la instrucció de la causa penal o haver resolt el plet o causa en una instància anterior.

12a. Ser o haver estat una de les parts subordinada del jutge que hagi de resoldre la contesa litigiosa.

13a. Haver ocupat un càrrec públic, haver fet una feina o una professió en ocasió de la qual hagi participat directament o indirectament en l'assumpte objecte del plet o de la causa, o en un altre de relacionat amb aquest.

14a. En els processos en què sigui part l'Administració pública, trobar-se el jutge o magistrat amb l'autoritat o funcionari que hagi dictat l'acte o informat respecte d'aquest o hagi realitzat el fet per raó del qual se segueix el procés en alguna de les circumstàncies esmentades en les causes 1a. a 9a., 12a., 13a. i 15a. d'aquest article.

15a. El vincle matrimonial o la situació de fet assimilable, o el parentiu dins el segon grau de consanguinitat o afinitat, amb el jutge o magistrat que hagi dictat la resolució o hagi practicat l'actuació que s'ha de valorar per via de recurs o en qualsevol fase ulterior del procés.

16a. Que el jutge o magistrat hagi ocupat un càrrec públic o administratiu en ocasió del qual hagi pogut tenir coneixement de l'objecte del litigi i formar criteri en detriment de la imparcialitat adequada.

A més, en els processos en què és part una administració pública, es matisa en l'article 220 de la LOPJ que:

“El jutge o magistrat que es trobi amb l'autoritat o funcionari que hagi dictat l'acte o n'hagi informat o va realitzar el fet per raó dels quals se segueix el procés, en alguna de les circumstàncies esmentades en els números 1r. al 8è, 11è. i 12è. de l'article anterior.”

La manera d'al·legar la falta d'imparcialitat judicial és mitjançant l'abstenció o la recusació.

L'abstenció es regula en l'article 217 de la LOPJ i consisteix que el jutge o magistrat en qui concorri alguna de les causes establertes legalment. El procediment es regula en els articles 102 a 106 LEC i 221 i 222 LOPJ.

Segons la LEC, el jutge o magistrat que aprecii la concurrència d'alguna de les causes d'abstenció ho ha de comunicar al seu superior jeràrquic mitjançant un escrit raonat, i el procés se suspèn fins que es resolgui. El **Tribunal Superior** pot resoldre la **no-concurrència** de la **causa** al·legada, per la qual cosa s'alça la suspensió del procés i aquest continua la seva tramitació. Si considera que hi concorre l'abstingut, ha de dictar una interlocutòria apartant-se definitivament de l'assumpte, l'ha de remetre a l'òrgan judicial que el substitueixi i s'ha de comunicar a les parts.

Article 221 de la LOPJ

L'article 221 de la LOPJ preveu que la competència funcional per a conèixer de l'incident d'abstenció és la secció o sala de què formi part l'òrgan judicial al qual correspongui la competència funcional per a conèixer dels recursos contra les sentències que dicti.

La recusació es regula en els articles 107 a 113 de la LEC i 223 a 228 de la LOPJ. Les persones que poden recusar són:

- En els assumptes civils, socials i contenciosos administratius: les parts, el Ministeri Fiscal quan hagi d'intervenir en el procés per la naturalesa d'aquest.
- En els assumptes penals, el Ministeri Fiscal, l'acusador popular, l'acusador particular o privat, l'actor civil, el processament o inculpat, el querellat o denunciat i el tercer responsable civil.

El **moment processal** és en el termini de **deu dies** des de la notificació de la primera resolució per la qual es coneix la identitat del jutge o magistrat que s'ha de recusar, si el coneixement de la causa de la recusació és anterior. Després d'aquest termini, només es pot quan s'han produït canvis en el personal jurisdiccional.

La **recusació** s'ha de proposar mitjançant un escrit que expressi de manera concreta i clara la causa legal i els motius en què es fonamenta, adjuntant-hi un principi de prova. Aquest escrit l'han de signar l'advocat i el procurador, que ha de tenir poder especial, i també la part recusant.

Posteriorment, es trasllada a les altres parts perquè en el termini comú de tres dies manifestin si s'adhereixen o s'oposen a la causa de recusació. Aquest és el moment en què, si tenen coneixement d'una altra causa de recusació, l'han d'al·legar.

Una vegada formulades les al·legacions o transcorregut el termini, el recusat s'ha de pronunciar sobre si admet o no les causes al·legades.

El **plet** passa a coneixement del substitut, i s'ha de remetre al tribunal que ha d'instruir l'incident l'escrit i els documents de la recusació. Si aquesta és acceptada pel recusat, es resol sense cap més tràmit. En cas contrari, l'instructor, si admet a tràmit la recusació formulada, ordena la pràctica, en el termini de deu dies, de la prova sol·licitada que sigui pertinent i necessària.

A continuació es trasllada al tribunal competent per a decidir la recusació, i es traslladen les actuacions al Ministeri Fiscal perquè n'emeti informe per un termini de tres dies. Finalment, es decideix l'incident sense que es pugui interposar cap recurs. Si hi aprecia la concurrència de la causa de recusació, el recusat s'aparta definitivament del coneixement del plet o de la causa i continua coneixent qui l'ha de substituir. Si es desestima, es retorna el coneixement al recusat i es pot imposar una multa de 180 a 6.000 euros al recusant si declara expressament l'existència de mala fe.

En els articles 114 a 123 de la LEC es regula la recusació del personal de l'oficina judicial. D'altra banda, el Ministeri Fiscal no pot ser recusat, però es pot posar en coneixement del seu superior jeràrquic la concurrència d'una causa de recusació.

1.5. respecte de la seva mateixa persona

El **jutge**, com a persona integrada en la societat i com a ésser humà, té una escala de valors per mitjà de la qual tamarà la seva resolució. Hi pot haver valors de tot tipus que influiran en contemplar els fets que s'hi exposin i analitzar-los, i per tant a adoptar la decisió. Per a contrastar-los amb d'altres, s'articula el sistema de recursos davant un òrgan judicial compost per un nombre més alt de persones, de manera que l'escala de valors d'un es compensi amb la de la resta dels components de l'òrgan judicial. D'aquesta manera es tendeix a arribar a una solució que respongui a l'escala de valors existent en un moment determinat en la societat.

Aquesta afirmació s'ha de mantenir encara que es tendeixi a reduir el nombre de magistrats que han de constituir sala en els tribunals superiors; així, per exemple, en el TS només es necessiten tres magistrats per a constituir sala. Aquesta situació s'adopta per criteris de funcionalitat, encara que, com hem indicat, atempta contra el mateix sistema dels recursos.

1.6. El correlat de la independència: la responsabilitat

Com indica Calamandrei:

“La independència de los jueces [...] es un duro privilegio que se impone a quien lo disfrute el valor de responder de sus actos sin esconderse tras la cómoda pantalla de la orden del superior.”

P. Calamandrei (1936). *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (pàg. 127). Madrid: Gón-gora.

A Espanya hi ha tres tipus de responsabilitats: civil (art. 411 LOPJ), penal (art. 405 i seg. LOPJ) i disciplinària (art. 414 a 428 LOPJ).

2. Els principis del procés

El **procés** és el punt de trobada de l'**acció** i de la **jurisdicció**. Tot ell es dirigeix al fet que l'òrgan jurisdiccional es formi un judici. Com hem indicat anteriorment, el procés és necessari per a formar el judici jurisdiccional. Per això cal que respongui a una sèrie d'**orientacions** per a garantir l'encert de la decisió, amb la qual cosa s'aconsegueix donar suport a l'autoritat de les persones que exerceixen la funció jurisdiccional perquè tenen un instrument adequat per a formar correctament la decisió. Aquestes es denominen *principis del procés*. No obstant això, no podem afirmar que afectin l'eficàcia del procés, ja que la resolució que s'adopti té el suport de la *potestas* de l'Estat.

Principis

Entre els principis del procés hem de distingir dues classes: els que informen directament l'estructura del procés i que constitueixen una garantia d'encert de la decisió jurisdiccional, i altres que són conseqüència de l'objecte del procés. Els primers tenen un caràcter eminentment tècnic. No obstant això, els segons deriven del caràcter instrumental del judici, la qual cosa obliga que el procés s'acobli a la finalitat d'aquest procés. En concret, responen a la necessitat del procés i a l'actuació de les parts en aquest procés. Com que aquesta determinació respon a un moment històric determinat, s'han de considerar eminentment polítics. Els primers són essencials perquè el procés sigui un instrument eficaç per a aconseguir el judici. En cas contrari, les parts no acudirien a aquest instrument, sinó a d'altres, com l'autotutela, i això implicaria una reculada en l'evolució de la societat.

Partint d'aquests principis rectors, el procediment es pot elaborar entorn de dos sistemes: l'oralitat i l'escriptura. Cadascun té unes conseqüències: en el primer cas, la immediació, la concentració i la publicitat, i en el segon implica la mediació, la dispersió i el secret.

A continuació analitzarem els **principis tècnics** comuns a tots els processos, i desenvoluparem els principis específics de cada ordre jurisdiccional en desenvolupar l'especificació del dret processal.

2.1. Principis essencials del procés

2.1.1. El principi de dualitat de posicions

El principi essencial del procés és el de contradicció, la qual cosa implica que hi ha d'haver dues o més parts amb posicions contraposades entre si. La seva importància es manifesta en el fet que el legislador ha creat el Ministeri Fiscal per garantir la dualitat de posicions en el procés penal i, en general, en tots els processos informats pel principi inquisitiu. Tradicionalment, s'afirmava que hi havia dos tipus de procés: el procés inquisitiu i el procés acusatori. Però, recentment, Montero Aroca afirma que "el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es un verdadero proceso", mentre que "el llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen real-

Lectura recomanada

J. L. Montero Aroca (1994). "La garantía procesal penal y el principio acusatorio". *La Ley* (pàg. 2).

mente un juez imparcial y dos partes enfrentadas entre sí”. Finalitza conclouent que “los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen ni siquiera valor pedagógico [...] y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio del *ius puniendi* por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio”.

En el procés hi ha d'haver tres posicions: les contradictòries de les parts i la de l'òrgan jurisdiccional.

El jutge ha de ser independent i imparcial respecte d'aquestes, la qual cosa implica que el coneixement que tingui del litigi li sigui proporcionat pels que hi han participat, és a dir, les parts. És un principi inherent a la noció de *jurisdicció*.

Però no n'hi ha prou que hi hagi tres posicions en el procés perquè puguem afirmar que som davant un procés jurisdiccional.

Cal que una d'aquestes posicions sigui imparcial i les altres dues siguin contradictòries. Aquest ha estat qualificat com “la força motriu, la seva garantia suprema”. I això és així perquè “el procés no és un monòleg, sinó un diàleg, una conversa, un canvi de proposicions, de respostes i de rèpliques, un creuament d'accions i de reaccions, d'estímuls i de contraestímuls, d'atacs i de contraatacs”.

És a dir, la justificació d'aquest principi és poder incloure les parts en el mètode dialèctic que és el procés. Per mitjà d'aquest s'aconsegueix la síntesi que ha de realitzar l'òrgan jurisdiccional perquè pugui tenir un coneixement més precís dels fets, i a partir d'aquests elaborar el seu judici.

Lectura complementària

J. L. Vázquez Sotelo (1993). “Los principios del proceso civil”. *Justicia* (IV, pàg. 606).

Procés penal

En el procés penal es manifesta la incompatibilitat entre l'acusació i l'enjudiciament, per a garantir la imparcialitat, l'objectivitat i l'equanimitat (Muñoz Rojas, pàg. 191-192).

Lectura recomanada

P. Calamandrei (1960). “El carácter dialéctico del proceso”. A: *Proceso y Democracia* (pàg. 148 i 150). Buenos Aires: Ejea.

2.1.2. El principi d'audiència

La contradicció implica que en el procés totes les parts tenen l'oportunitat de ser oïdes. És a dir, que puguin intervenir en el procés fent les al·legacions que més convinguin als seus interessos. Aquest requisit és imprescindible perquè el procés sigui un instrument eficaç, perquè “no seria lògic i encara menys just resoldre un conflicte bilateral amb audiència unilateral”.

Les parts, mitjançant la seva intervenció, faciliten a l'òrgan jurisdiccional una versió interessada dels fets. Precisament per això cal que totes dues parts tinguin oportunitat per a fer-ho. Així el jutge té un coneixement total dels fets presents en el procés, ja que sap quins són els interessos en joc per les al·legacions que formulin les parts per a defensar-los. Aquest es manifesta de manera plena en tots els processos, i constitueix un dels seus principis essencials.

2.1.3. El principi d'igualtat

Les parts han de tenir les mateixes possibilitats de ser oïdes. En cas contrari, es permetria que el jutge tingués un coneixement parcial de la realitat, quan interessa que sigui tan completa com sigui possible perquè el seu judici l'alterarà de manera irrevocable. Les parts han de tenir en el procés les mateixes oportunitats processals. Que després siguin utilitzades dependrà de l'estratègia d'actuació que segueixin en el procés concret, però la regulació del procés els ha de permetre intervenir-hi de manera idèntica. Aquest principi implica el previ de l'audiència, fins a l'extrem que la seva violació també implica la del principi d'igualtat.

Una altra variant del principi d'igualtat és que totes les parts personades en un procés han de tenir coneixement ple del seu contingut. Només d'aquesta manera hi pot actuar d'acord amb els seus interessos. En cas contrari, es produiria una desigualtat entre les parts que infringiria el procés amb totes les garanties que preveu l'article 24 de la CE.

El TC ha considerat que el principi d'igualtat en el procés deriva del dret al procés amb totes les garanties de l'article 24 de la CE i no de l'article 14 de la CE, que consagra el dret a la igualtat de tots els ciutadans. D'aquesta manera reconeix que la vulneració d'aquest principi processal té una transcendència en el procés, i és que la part a la qual s'hagi privat injustificadament d'una oportunitat processal ha vist vulnerat el seu dret a un procés amb totes les garanties. La discussió sobre el precepte en què hagi de ser inclòs és una qüestió merament teòrica sense cap transcendència pràctica, ja que des de les dues posicions s'arriba a la conclusió que “no hi ha una vertadera vulneració del principi d'igualtat que no incideixi en el dret de defensa”.

Lectures recomanades

M. Morón Palomino (1993). *Derecho Procesal Civil (Cuestiones Fundamentales)* (pàg. 72). Madrid: Marcial Pons.

Recordem que Morón Palomino parteix d'una concepció subjectiva de la jurisdicció, però tot i que no compartim aquesta afirmació, aclareix el fonament mateix de l'audiència.

De manera similar Almagro Nosete considera aquest principi, juntament amb el de contradicció i de dualitat de parts, com “los fundamentos del proceso, como método dialéctico que se estructura sobre un necesario estereotipo de dos partes enfrentadas con intereses contrapuestos [...]”.

J. Almagro Nosete (1993). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (tom 1r., pàg. 172, amb Tomé Paule). Madrid: Trivium.

Lectura recomanada

A. Oliva Santos (1994). *Derecho Procesal Civil* (tom I, amb Fernández, pàg. 112). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

El principi d'igualtat també el pot prendre en consideració el legislador per “promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives” (art. 9.2 CE). Però els instruments que utilitzi el legislador per aconseguir la igualtat real de les parts en el procés no han de concedir privilegis processals a la part més feble, perquè s'infringiria el principi d'igualtat processal, ni augmentar els poders d'ofici del jutge, perquè aniria en contra de la imparcialitat que ha de mantenir. El que és recomanable és optimitzar el funcionament d'institucions com el benefici de justícia gratuïta, derogar els obstacles i les limitacions legals al dret d'acció que no siguin racionals i simplificar els tipus processals.

Lectures complementàries

J. L. Montero Aroca. “Derecho jurisdiccional” (*op. cit.*, pàg. 321). *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos, 1976 (pàg. 249). I també J. L. Vázquez Sotelo. “Los principios del proceso civil” (*op. cit.*, pàg. 610).

J. L. Montero Aroca. “Derecho Jurisdiccional” (*op. cit.*, pàg. 320).

2.2. Principis derivats del dret material aplicat

Un altre grup de principis estan influenciats pel dret debatut en el procés. No són necessaris per a la màxima eficàcia del procés, però són una exigència de les normes materials que s'hi han d'aplicar. Es poden **classificar** atenent els **critèris** següents: la necessitat d'acudir al procés, el criteri rector de l'actuació de les parts i el seu poder respecte dels fets.

D'una banda, són principis polítics perquè depenen de l'opció legislativa a cada moment determinat perquè el procés estigui informat per uns o altres. En concret, aquesta facultat fa referència al poder de les parts, que es manifesta en tres moments: en la necessitat d'acudir a un procés, en el criteri que en regeix l'actuació i en la disponibilitat de l'objecte del procés.

2.2.1. Principi de conveniència - principi de necessitat

Aquest primer grup de principis fa referència a la necessitat d'un procés per aconseguir la **satisfacció** de l'interès. De vegades només per mitjà del procés es pot modificar la situació fàctica que hi havia amb anterioritat.

Quan l'existència d'un procés jurisdiccional és imprescindible perquè es modifiqui la realitat, s'identifica la sentència amb la conseqüència jurídica, de manera que aquesta és una creació *ex novo* de la resolució jurisdiccional.

El supòsit paradigmàtic és el procés penal en què cal que se segueixi un procés perquè es pugui imposar una pena. Aquesta necessitat l'expressa l'article 1 de la LECr, en indicar que “no s'ha d'imposar cap pena a conseqüència d'actes punibles la repressió dels quals incumbeixi a la jurisdicció ordinària si no és de conformitat amb les disposicions d'aquest codi o de lleis especials i en virtut d'una sentència dictada per un jutge competent”. És a dir, la pena només es pot imposar mitjançant un procés fins a l'extrem que el delictes només existeix quan és declarada en una resolució jurisdiccional.

Lectura recomanada

A. Deu (1991). *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España* (pàg. 232). Barcelona: PPU.

En l'ordre civil l'accés al procés està informat pel principi de conveniència. És a dir, les parts són lliures d'acudir al procés perquè es declari la norma de conducta que seguiran en el futur o determinar-la entre elles. Però aquesta regla general presenta unes excepcions quan la modificació de la realitat jurídica només es pot produir per mitjà d'una declaració judicial. En aquests casos som davant els denominats *processos civils de caràcter inquisitiu* i són, fonamentalment, els que afecten l'estat civil de les persones o els seus drets fonamentals.

Processos civils

En concret es tracta del procés sobre la tutela dels drets fonamentals de la persona, el procés sobre la capacitat de les persones, processos sobre paternitat i filiació i processos sobre nul·litat de matrimoni, separació i divorci.

El motiu que es reguli aquesta excepció és la importància de l'interès públic concurrent, perquè afecta o bé institucions bàsiques de la societat, o bé la mateixa essència de la persona.

En la resta de supòsits el procés és un mitjà per aconseguir modificar jurídicament la realitat, però es pot aconseguir també per altres mitjans.

Quan no cal acudir al procés jurisdiccional per aconseguir aquesta alteració de la realitat, el procés està regit pel principi de conveniència.

2.2.2. Principi d'oportunitat - principi de legalitat

Aquests principis fan referència al criteri que han de seguir les parts en el moment d'iniciar un procés.

Hem de distingir les persones que poden iniciar un procés per determinar quin principi en regeix l'actuació.

Les persones privades acudirán o no al procés només tenint en compte la defensa dels seus interessos. Si és més beneficiós per a elles acudir ho faran. És a dir, la seva actuació està regida pel **principi d'oportunitat**. En el procés penal s'observa en l'actuació de l'acusació particular i popular, la presència de la qual no és obligatòria sinó que depèn de la voluntat dels perjudicats o de tercers a personar-se en el procés penal.

Diferent és el supòsit de l'actuació de persones públiques en el procés, i s'hi ha de distingir el Ministeri Fiscal de l'actuació de l'Administració com a part. El primer té la funció de "promoure l'acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic tutelat per la llei, d'ofici o bé a petició dels interessats, vetllar per la independència dels tribunals i procurar davant aquests la satisfacció de l'interès social" (art. 124.1 CE i 435 LOPJ). Els advocats de l'Estat fan la funció de "representació i defensa de l'Estat i dels seus organismes autònoms" (art. 447.1 LOPJ) quan hi concorri algun interès subjectiu de l'Estat en el procés.

Lectura recomanada

A. Pérez Gordo (1981). "La función del Ministerio Público (Fiscal) en el Proceso Civil". A: *Estudios de Derecho Procesal* (pàg. 109). Saragossa: Librería Bosch.

És a dir, mentre que el Ministeri Fiscal actua com a representant de l'interès general que es manifesta en la legislació positiva de cada moment històric, l'advocat de l'Estat defensa els interessos de l'Administració pública com a part. Per això el primer està regit en la seva actuació pel principi de legalitat, mentre que el segon es regiria pel principi d'oportunitat.

Com que el *ius puniendi* el té la societat, s'ha de crear un òrgan que el representi i el defensi. Com afirma Verger Grau:

“[...] el ejercicio del *ius puniendi* está, pues, condicionado a la actitud del Ministerio Fiscal y de las demás acusaciones.”

J. Verger Grau (1994). *La defensa del imputado y el principio acusatorio* (pàg. 42). Barcelona: J. M. Bosch.

Com que les segones estan regides pel **principi d'oportunitat**, és imprescindible que el primer tingui com a criteri rector el **principi de legalitat** per a evitar la impunitat de certs fets que poden constituir un delict. En el procés acusatori formal que actualment informa el procés penal espanyol, la presència del Ministeri Fiscal com a representant de la legalitat ordinària esdevé imprescindible per a garantir la imparcialitat de l'òrgan judicial.

On s'adverteix amb més claredat la distinció dels criteris pels quals es regeix l'actuació de les parts és en el procés penal. El **Ministeri Fiscal**, en tant que **representant de l'interès objectiu**, ha de **defensar** la legalitat objectiva sense que interfereixin altres criteris, mentre que les altres parts poden acudir o no a un procés penal ja iniciat segons el que considerin més oportú a cada moment per a la defensa dels seus interessos privats.

El Ministeri Fiscal també intervé en defensa de la legalitat en els processos civils inquisitius quan pot actuar com a part. Però, a més, pot actuar en defensa d'un interès particular quan la part sigui un menor d'edat o incapacitat sense representant, si bé s'ha de procedir en el termini més breu possible al nomenament d'un representant, tutor o curador.

2.2.3. Principi dispositiu - principi d'immutabilitat

La disponibilitat per les parts de l'objecte del procés també implica una configuració diversa del procés. Hem de **distingir** entre el **procés regit pel principi dispositiu** i pel **principi d'immutabilitat**.

El **principi dispositiu** implica que els fets que es discuteixen en el procés poden ser alterats per les parts sense necessitat d'acudir als òrgans jurisdiccionals.

Vegeu també

Per a obtenir-ne més informació, vegeu J. L. Vázquez Sotelo (1993). “Los principios del proceso civil”. *Justicia* (IV, pàg. 613). El distingim clarament del principi d'aportació de part que pren en consideració la formació del material fàctic del procés.

Lectures recomanades

J. Montero Aroca (1994). “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”. *Justicia* (IV, pàg. 781 i seg.). J. Verger Grau (pàg. 21 i seg.).

Lectura recomanada

A. Pérez Gordo (1981). “La función del Ministerio Público (fiscal) en el Proceso Civil”. A: *Estudios de Derecho Procesal* (pàg. 111 i seg.). Saragossa: Librería Bosch.

El poder de disposició es manifesta en el procés en què les parts tenen la facultat de determinar el contingut de la sentència o de posar-hi terme en qualsevol moment.

Aquest principi és la regla general del procés civil, laboral i contenciós administratiu (per a la part que inicia el procés perquè ha de ser una persona que tingui un interès directe –art. 19 LJCA– en la revisió de l'acte administratiu impugnat). També hi ha una sèrie d'excepcions que es materialitzen en els processos civils inquisitius i en tots els processos que són iniciats a instàncies d'un ens públic¹ que ve motivat per la presència d'un interès públic en el procés.

El **principi d'immutabilitat** implica que les parts no disposen dels fets que són presents en el procés jurisdiccional, per la qual cosa no tenen cap facultat de disposició sobre aquests. És el criteri rector en el procés penal i les excepcions del procés civil, laboral i contenciós administratiu. En el procés penal també hi ha alguna excepció a aquesta regla general, i és la que es produeix en l'enjudiciament dels delictes privats.

Delictes privats

Actualment els delictes privats es redueixen al delicte d'estupre, calúmnia i injúria (art. 104 LECr). Si bé s'ha de tenir en compte que per a procedir pel primer delicte n'hi ha prou amb la denúncia de la persona agreujada, però una vegada presentada, el perjudicat perd la disposició sobre la seva perseguibilitat (art. 443.2 CP). En els altres dos supòsits, el perdó de la part ofesa dóna lloc al fet que el culpable quedi rellevat de la pena imposada (art. 467.4 CP). El poder de disposició sobre l'objecte del procés es manifesta en la necessitat de celebrar un acte de conciliació entre la persona querellant i la persona querellada abans que es presenti la querrela (art. 804 LECr).

Article 733 LECr

Una manifestació del principi d'immutabilitat que informa el procés penal la trobem en l'article 733 LECr. Aquest precepte permet que l'òrgan jurisdiccional discrepi de la qualificació jurídica que hagin donat les parts al fet jutjat. Ha de posar en coneixement de les parts aquesta circumstància perquè l'il·lustrin sobre ella. El tribunal pot imposar una pena superior a la sol·licitada per les parts quan hagi fet ús d'aquesta facultat, sense que en cas contrari ho pugui fer. Aquest precepte és una conseqüència de la no-disposició de les parts de l'objecte del procés, per la qual cosa l'òrgan jurisdiccional pot dictar el dret de manera diferent de la sol·licitada per les parts. No obstant això, es dóna audiència a les parts per a no infringir els principis essencials del procés.

En el **procés contenciós administratiu** hi ha un precepte similar. L'article 65.2 de la LJCA permet que l'òrgan jurisdiccional planteji qüestions que no han plantejat les parts. Això és conseqüència de la diversitat de les parts en aquest procés: el demandant és un subjecte privat i la seva actuació està informada pel principi dispositiu quan disposa dels interessos que han estat perjudicats; el demandat, que és l'òrgan públic l'acte del qual s'impugna, ha d'actuar dependent dels interessos públics i de la legalitat, per la qual cosa l'objecte del procés és immutable per a ell. Per aquest motiu l'òrgan jurisdiccional pot plantejar una qüestió no suscitada per les parts.

Lectura recomanada

M. Serra Domínguez (1972). "Liberalización y socialización del proceso civil". *Revista de Derecho Procesal* (pàg. 520).

⁽¹⁾El qual, com hem indicat, no actua en defensa dels seus interessos propis, i per tant disponibles, sinó dels interessos públics i en defensa de la legalitat. Vegeu més amunt els supòsits en què el procés laboral i contenciós administratiu s'inicia a instàncies d'un òrgan públic.

Lectura recomanada

J. L. Vázquez Sotelo (*op. cit.*, pàg. 627).

En els **processos civils inquisitoris** es manifesta la immutabilitat de dues maneres: legitimant com a part el Ministeri Fiscal i desvinculant el jutgador de les limitacions que normalment deriven de certs actes de part, autoritzant-lo a practicar d'ofici les proves necessàries per a comprovar la realitat de les al·legacions fetes per les parts.

En el procés penal hi ha un **supòsit** que pot semblar que implica una disposició de l'objecte del procés per les parts. Ens referim a la **conformitat de l'acusat amb la pena** més greu sol·licitada pels acusadors. Bàsicament hi ha tres modalitats d'aquesta conformitat: el reconeixement de fets en les diligències prèvies (art. 789.5 LECr); en presentar l'escrit de defensa conformant-se amb l'escrit d'acusació que contingui la pena de més gravetat (art. 791.3 LECr); la conformitat de l'acusat manifestada a l'inici del judici oral amb l'escrit d'acusació que contingui la pena de més gravetat o de l'escrit que es presenti en l'acte (art. 793.2 LECr).

A la pràctica s'està fent un ús abusiu d'aquesta institució, ja que el Ministeri Fiscal sol·licita una pena inferior si les parts es conformen amb la presentada en l'escrit d'acusació, que el jutge ha de tenir en compte si se celebra el judici oral. Aquesta és conseqüència de la interpretació que va fer la Fiscalia General de l'Estat en la Circular núm. 1/1989, que entén que aquests preceptes han introduït el principi de consens en el procés penal i que el Ministeri Fiscal:

“Ha de promoure aquestes solucions facilitadores de la sentència, no certament apartant-se de la legalitat, però sí utilitzant tots els marges d'arbitri legal per a arribar a situacions de consens amb l'acusat i la seva defensa, especialment en l'àmbit dels delictes menys greus i de menys transcendència social, és a dir, en el de les infraccions penals conegudes com a *bagatel·les*.”

En interpretar aquests preceptes, cal tenir en compte que el **Ministeri Fiscal** actua segons el **principi de legalitat** i que l'objecte del procés penal és immutable per a les parts. Partint d'aquestes consideracions, cal denunciar l'abús que en fan els membres del Ministeri Fiscal, que obliguen les parts acusades a conformar-se amb la pena sol·licitada sota l'amenaça de demanar una pena superior en un grau o dos en l'acte del judici oral. Aquest abús del Ministeri Fiscal es veu afavorit per la sobrecàrrega de treball dels membres de la judicatura, que no revisen la pena en què s'han conformat les parts, tal com permet l'article 793.3 de la LECr.

És a dir, l'òrgan judicial pot absoldre una persona que s'hagi conformat amb la pena sol·licitada per l'acusació.

Aquesta situació ha motivat que un sector doctrinal parli del principi d'oportunitat en el procés penal. Però aquesta **denominació** l'hem de qualificar, com a mínim, de **desafortunada**: d'una banda, perquè el principi d'oportunitat es refereix a la facultat d'una persona d'iniciar o no un procés

Lectura recomanada

Ortells Ramos (*Derecho Jurisdiccional*, vol. II, 2n., *op. cit.*, pàg. 383) i Vázquez Sotelo, que considera més perfecta la primera solució ("Los principios del proceso civil", *op. cit.*, pàg. 627).

i es contraposa al principi de legalitat, que és el que informa l'actuació del Ministeri Fiscal, i de l'altra, perquè en aquests casos les parts realitzen un acte de disposició de l'objecte del procés que ja ha estat iniciat.

Cal parlar del principi d'oportunitat quan el procés encara no s'ha iniciat i les parts poden transigir en algun aspecte, però no quan aquest ja s'ha iniciat i una d'aquestes parts ha de vetllar per l'aplicació correcta de la llei.

En tot cas, aquesta pràctica **vulnera el principi d'immutabilitat** propi del procés penal, ja que les parts disposen d'alguna cosa indisponible. Malgrat això, ha estat sancionat pel legislador en els articles 50 i 51 de la Llei del jurat.

Article 50

Aquest article estableix la dissolució del jurat si "les parts demanen que es dicti sentència de conformitat amb l'escrit de qualificació que sol·liciti una pena de més gravetat, o amb el que presentin a l'acte", i reserva al magistrat president algunes facultats tendents a la defensa dels drets de l'acusat.

Article 51

Aquest article ordena al magistrat president que dissolgui el jurat "quan el Ministeri Fiscal i les altres parts acusadores, en les seves conclusions definitives, o en qualsevol moment anterior del judici, manifestin que desisteixen de la petició de condemna de l'acusat", la qual cosa implica que l'objecte penal és disponible per a les parts acusadores. Aquesta disponibilitat de l'objecte del procés penal s'observa també en la Llei orgànica 4/1992, de 5 de juny, reguladora de la competència i procediment dels jutjats de menors, que atorga àmplies facultats al jutjador "amb vista a acordar la terminació del procés amb l'objectiu d'evitar, en la mesura que es pugui, els efectes aflictius que aquest pot arribar a produir" i que es plasma en l'article 18 i 19 de la Llei orgànica 5/2000, reguladora de la responsabilitat penal dels menors. Aquesta és la tendència que té la intenció del legislador en reformar la LECr, ja que la disposició final quarta de la Llei del jurat ordena al Govern enviar a les Corts Generals "un projecte de llei de modificació de la Llei d'enjudiciament criminal que generalitzi els criteris processals instaurats en aquesta llei".

Procés penal

Berzosa Francos afirma que la conformitat de l'acusat "puede considerarse expresión del principio de oportunidad en cuando supone poner fin al proceso sin que se hayan desarrollado todas las fases que cabría esperar de acuerdo con el principio de legalidad" (V. Berzosa Francos [1992]. "Principios del proceso". *Justicia* [III, pàg. 592]). En sentit similar Armenta Deu (1991). *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España* (pàg. 232). Barcelona: PPU.

3. Els principis del procediment

El **procediment** és el conjunt de **regles** per mitjà de les quals es **desenvolupa** el **procés**. Atenent els principis essencials del procés, aquests es poden configurar de dues maneres per a permetre que l'òrgan jurisdiccional estigui en disposició de formar-se el judici i declarar el dret aplicable al cas concret.

El procediment pot estar informat per dos principis: l'oralitat i l'escriptura. En cap cas un procediment no és exclusivament oral o escrit, sinó que està informat predominantment per un d'aquests. D'aquests dos principis deriven una sèrie de principis conseqüència.

3.1. El principi d'oralitat

L'oralitat implica que el jutge, en dictar sentència, pren en consideració els actes que s'han realitzat en la seva presència i de manera oral.

El procediment regit per l'oralitat és el previst per la Constitució espanyola i per les declaracions de drets fonamentals a què Espanya s'ha adherit, i que per tant formen part del nostre ordenament intern (art. 98 CE).

Segons l'article 120.2 de la CE, "el procediment serà predominantment oral, sobretot en matèria criminal". L'oralitat és el **criteri rector del procediment** segons la Constitució espanyola, si bé això no impedeix que hi hagi actes escrits com els actes d'inici del procés. A més, cal documentar totes les actuacions que es facin de manera oral davant l'òrgan jurisdiccional.

Reformes processals

No obstant això, el criteri de l'oralitat no és el que pren en compte el legislador en dur a terme les reformes processals. Les últimes reformes que s'havien produït en l'ordre civil han anat dirigides a eliminar l'oralitat en aquests procediments. El procés contenciós administratiu no corria millor sort. No obstant això, la nova LEC altera la situació legislativa, ja que regula dos procediments ordinaris essencialment orals i sanciona amb la nul·litat absoluta els actes orals en què no sigui present el jutge (art. 137.3 LEC). Aquesta previsió determina l'èxit de les reformes legals que tendeixen a introduir l'oralitat en el procés civil i contenciós administratiu.

L'oralitat està plenament garantida en el procés penal. Les alegacions de les parts i la pràctica de la prova es fan en l'acte del judici oral. L'article 120.2 de la CE preveu que "el procediment serà predominantment oral, sobretot en matèria criminal". Aquest precepte es respecta en l'ordre penal.

La interpretació que ha fet el TC del principi de presumpció d'innocència (art. 24.2 CE), exigint que s'hagi practicat en el judici oral una activitat probatòria mínima, n'ha potenciat la importància.

El **procediment laboral** també està presidit per l'oralitat. Excepte l'escrit que interposi la demanda, en la primera instància tots els altres actes es practiquen en el moment de la vista. És a dir, en aquest cas hi ha un **predomini** absolut de l'oralitat, que fins i tot és **perjudicial** perquè el demandat pot introduir qüestions noves en el procés en fer la contestació de la demanda, encara que en cap cas no pot formular una reconvecció si no ho ha anunciat amb caràcter previ i ho ha fet per escrit (art. 85.2 LPL).

L'oralitat implica unes conseqüències, que parcialment estan enunciades en l'article 74.1 de la LPL. Aquestes són que l'**acte oral** s'ha de fer en presència de l'**òrgan judicial (immediació)** i en un acte únic o en actes successius (**concentració**) i que terceres persones que assisteixin a l'acte del judici oral poden tenir coneixement de l'objecte del procés (**publicitat**). Una conseqüència mediata és que, com que s'ha de practicar en un curt lapse de temps, el procediment es tramita de manera ràpida.

3.1.1. Immediació

Que el **jutge** tingui coneixement de les al·legacions i dels fets de manera oral implica que hagi de ser present en el moment en què les parts al·leguin el que considerin més convenient per als seus interessos i en la pràctica de la prova. L'òrgan judicial ha de formar el seu judici sobre la base d'aquests elements, per la qual cosa cal que sigui **present** en el moment de la seva pràctica. Però això no impedeix que s'hagi d'estendre una acta sobre tot el que s'hi al·legui i el resultat de la prova practicada. La finalitat seria aportar als òrgans jurisdiccionals superiors la informació necessària sobre l'acte del judici oral si han de revisar la decisió adoptada en la instància, perquè la part ha formulat un recurs devolutiu.

Des d'un punt de vista pràctic és convenient que el **jutge** sigui **físicament present** en la realització dels actes orals del procés, encara que aquest sigui predominantment escrit, per tal de tenir més criteris per a enjudiciar els fets que se sotmeten al seu judici. Es pot dir que en aquests casos la sentència es fa sola, i això és perquè el jutge ha pres contacte directament amb les parts abans que hagi de dictar la sentència i forma el seu judici a poc a poc. *A sensu contrario*, en el procés civil, en què el jutge no és present durant la pràctica de la prova testifical i de confessió en judici, malgrat que està prevista legalment, determina una desconfiança sobre el seu resultat.

Immediació de l'òrgan jurisdiccional

La importància de la immediació de l'òrgan jurisdiccional en els actes orals es manifesta en el fet que l'article 258 de la LOPJ ordena repetir l'assumpte quan un dels magistrats que van assistir a l'acte del judici oral no pugui emetre el seu vot i entre la resta de magistrats que componen la sala no arribin a la majoria de vots exigida per l'article 255 de la LOPJ. Aquesta previsió també s'inclou en les lleis processals específiques que regulen un procediment predominantment oral: l'article 746 i 749 de la LECr, l'article 98 de la LPL i l'article 194 de la LEC.

Citació

Com afirma Serra Domínguez, "els jutges no concedeixen valor a la prova testifical perquè no hi són presents, i no hi són presents perquè no li atribueixen valor" (NE)ca. Seix, veu *prova testifical, separata*.

La importància de la presència de la persona del jutge en la pràctica de les proves de valoració lliure “és l’única garantia d’encert”. Per això la nova LEC intenta garantir aquesta presència (art. 137.2 LEC).

3.1.2. Concentració

Si tots els actes es fan de manera oral és convenient que es facin tots en una sola audiència, i si això no és possible, en diverses de successives. La importància d’aquest principi la destaca Montero Aroca, quan afirma que “lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de los actos procesales”, o com indica Gómez Orbaneja “el principio de concentración constituye la más señalada característica exterior del proceso oral”. La finalitat de la concentració és que la causa es pugui resoldre sobre la base d’un sol debat oral.

L’article 744 de la LECr preveu que “un cop obert el judici oral, ha de continuar durant totes les sessions consecutives que calgui fins a la conclusió”. I quan el judici oral s’hagi de suspendre durant un llarg període o indefinidament, queden sense efecte totes les actuacions (art. 749.1 LECr). El **principi de concentració** també **informa el procediment laboral** (art. 74.1 LPL).

La concentració exigeix que l’acte es prepari. La manera de fer-ho és que les parts coneguin la posició de la contrària.

En la LECr es preveu expressament per què abans de la celebració del judici oral les parts han de presentar els escrits de qualificacions provisionals en el procediment ordinari i els escrits d’acusació i defensa en el procediment abreujat. Però en la LPL no es regula aquest tràmit previ perquè la part demandada ha de formular la contestació de la demanda en l’acte del judici, si bé s’ha de limitar a afirmar o negar els fets de la demanda i al·legar les excepcions que consideri procedents; si vol formular una reconvenió, ha d’haver anunciat i formulat les bases essencials en el moment de la conciliació prèvia al procés o en la contestació a la reclamació prèvia (art. 85.2 LPL).

La conseqüència del principi de concentració és que les al·legacions, la prova i les conclusions s’han de fer en un mateix acte. Això motiva la rapidesa del procediment, ja que aquest se celebra en una sola jornada o en dies successius fins que acabi la pràctica de tots aquests tràmits. És a dir, és “el que en un grau més elevat facilita la brevetat i l’economia dels judicis”.

Lectura recomanada

E. Gutiérrez de Cabiedes (1981). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (tom XVI-2, amb Serra Domínguez i Cordón Moreno, coord. Albaladejo, pàg. 531). Madrid: Edersa.

Lectures recomanades

J. Montero Aroca. *Derecho jurisdiccional* (TI, op. cit., pàg. 346).

E. Gómez Orbaneja (1979). *Derecho procesal civil* (8a ed., vol. 1r., amb Herce Quemada, pàg. 221). Madrid: AGESA.

V. Fairén Guillén (1955). “Notas sobre el principio de concentración”. A: *Estudios de Derecho Procesal* (pàg. 292, nota 50). Madrid: Edersa.

Lectura recomanada

V. Fairén Guillén. *Notas sobre el principio de concentración* (op. cit., pàg. 290).

Lectura recomanada

E. Gómez Orbaneja (op. cit., pàg. 221).

3.1.3. Publicitat

Un altre dels principis conseqüència de l'oralitat és la **publicitat dels actes processals**. La publicitat es pot predicar respecte de les parts o de tercers. En aquest moment ens referim a aquesta última, perquè si les parts no tenen coneixement del contingut del procés no s'infringeix el principi de publicitat, sinó el principi d'audiència i d'igualtat d'armes processals.

L'article 120.1 de la CE obliga que les actuacions judicials siguin públiques. Però permet que la Llei estableixi unes excepcions a la regla general. L'article 232 de la LOPJ transcriu literalment l'article 120.1 de la CE, però en l'apartat 2n. preveu que les excepcions han d'atendre raons d'ordre públic i de protecció dels drets i les llibertats.

En l'ordre penal, l'article 680 de la LECr preveu que "els debats del judici oral han de ser públics, sota pena de nul·litat". Només es pot decretar el secret "quan ho exigeixin les raons de moralitat o d'ordre públic, o el respecte degut a la persona ofesa pel delictes o a la seva família" (art. 680.2 LECr). En l'ordre civil la regla general és l'audiència pública (art. 138 LEC), i es pot decretar que les diligències de prova, les vistes dels plets i altres negocis judicials es facin a porta tancada quan calgui "per a la protecció de l'ordre públic o de la seguretat nacional en una societat democràtica, o quan els interessos dels menors o la protecció de la vida privada de les parts i d'altres drets i llibertats ho exigeixin o, en fi, en la mesura que el tribunal ho consideri estrictament necessari, quan pel fet de concórrer circumstàncies especials la publicitat pugui perjudicar els interessos de la justícia" (art. 138.2 LEC).

Perquè la publicitat dels actes processals compleixi la seva funció cal que siguin **orals**. La finalitat és que els tercers puguin fer una "fiscalització popular del funcionament de la justícia", amb la qual cosa "es permet al poble presenciar i opinar sobre la seva justícia, i contribuir a reforçar la confiança dels ciutadans en els seus jutges i tribunals". I aquesta tasca no la podrien fer si l'única cosa que presenciessin fos la presentació dels escrits. Perquè es pugui produir cal que tinguin coneixement dels elements que tindrà present l'òrgan judicial en el moment de dictar sentència, i això només es pot aconseguir si el procediment està informat pel principi d'oralitat. La correlació entre aquests principis i el de concentració l'ha expressat Gómez Orbaneja, en afirmar que "són aspectes diferents d'una mateixa cosa".

3.2. El principi d'escriptura

L'altre principi que pot informar el procediment és l'escriptura.

Lectura recomanada

J. Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional* (tom I, *op. cit.*, pàg. 347).

Lectures recomanades

J. Montero Aroca (*op. cit.*, pàg. 348).

J. L. Vázquez Sotelo. *Principios del proceso civil* (*op. cit.*, pàg. 643).

E. Gómez Orbaneja (*op. cit.*, pàg. 221).

Som davant un procés escrit quan l'òrgan jurisdiccional emet el seu judici sobre la base del que està documentat en les actuacions.

Com que el que pren en consideració l'òrgan jurisdiccional en dictar la sentència són les **al·legacions** de les parts, el resultat de la prova i les conclusions, és escrit aquell procediment en què el coneixement que en tingui el jutge sigui predominantment documental.

Lectura complementària

J. Montero Aroca (*op. cit.*, pàg. 348).

El procediment escrit és el que informava el procés civil i administratiu. En el primer d'aquests només el judici verbal és teòricament oral, però a la pràctica es fa de manera escrita; igual que el judici de cognició, del qual Montero Aroca diu que:

“Es el procedimiento más escrito de nuestro derecho, en el que la lectura de las alegaciones, su copia por los auxiliares y la ausencia del Juez son sus notas características.”

J. Montero Aroca (*op. cit.*, pàg. 349).

3.2.1. Mediació

En el procediment escrit, el jutge no ha d'haver presenciat la pràctica de les proves ni ser la persona davant la qual s'han formulat les conclusions quan aquestes revesteixin la forma oral (art. 675 LEC de 1881).

És a dir, la Llei no exigeix que hi hagi el contacte mínim entre les parts i l'òrgan jurisdiccional; les relacions entre ells s'han de fer de forma escrita.

En aquest procediment la **presència del jutge** en la pràctica de la prova constitueix una **garantia**, però no una exigència perquè es pugui formar criteri sobre el fons del litigi. Així, és possible que la prova es practiqui davant un òrgan jurisdiccional diferent d'aquell que estigui coneixent del procés quan aquest no tingui jurisdicció al lloc en què s'hagi de practicar (art. 273 i seg. LOPJ) o que només s'hagin de practicar davant el magistrat ponent si l'òrgan competent per a conèixer és col·legiat (art. 205.3 LOPJ).

Aquest principi incideix en la possibilitat que dicti sentència un jutge diferent d'aquell davant el qual s'ha tramitat tot el procediment.

3.2.2. Dispersió

Un **procediment escrit** no es pot fer de manera concentrada, perquè cal traslladar tot allò que presenti una part a la contrària per a complir el principi d'audiència. A més, el període pel qual es trasllada ha de ser suficient per a permetre-li examinar l'assumpte i contestar de manera adequada. Una vegada

presentada la contestació, l'òrgan jurisdiccional ha d'estudiar la qüestió i dictar la resolució corresponent, que al seu torn ha de ser notificada a les parts que s'hagin personat en el procés.

S'observa com el plantejament d'una qüestió motiva el transcurs d'un període de temps superior que en el procediment informat per l'oralitat, la qual cosa dóna lloc que es desenvolupi durant un lapse de temps més gran.

Els tràmits del procediment s'han de fer de manera ordenada, la qual cosa ocasiona la preclusió. És a dir, cada acte s'ha de fer en el moment previst legalment, i una vegada transcorregut el termini en què s'ha de fer no es pot practicar, i la part perd la possibilitat de fer aquesta actuació.

3.2.3. Secret

El procediment escrit és, en principi, secret perquè qualsevol tercer no pot tenir accés a l'expedient. Però si acredita la condició d'interessat, pot consultar "els llibres, arxius i registres judicials que no tinguin caràcter reservat" (art. 235 LOPJ).

La nova LEC exigeix, a més, que aquest interès sigui legítim (art. 140.1 LEC), la qual cosa podria implicar una restricció al caràcter públic dels processos.

Quan es predica el caràcter secret del procediment escrit es realitza perquè, si concorren a l'acte tercers, l'única cosa que presenciarien seria la presentació dels escrits i, si assisteix a una vista o un acte oral, el seu desenvolupament seria intel·ligible. I el tercer no té la diligència, tret que estigui interessat en el seu desenvolupament, si tots segueixen la tramitació procedimental. La manera de permetre que efectui una valoració del funcionament dels òrgans jurisdiccionals seria concentrar tots els tràmits en un sol acte, i això només es pot fer en un procediment informat per l'oralitat.

Lectura recomanada

J. Montero Aroca (*op. cit.*, pàg. 353).

4. Especial referència a l'assistència lletrada

4.1. La cobertura constitucional

Com hem indicat anteriorment, és una de les manifestacions del principi d'igualtat entre les parts. Així s'ha pronunciat de manera reiterada el Tribunal Constitucional en la Sentència número 132/1992, de 28 de setembre, que afirma en el fonament de dret segon que:

“Dins del feix de garanties que conformen el dret al procés degut s'integra el dret a l'assistència d'un lletrat reconegut en l'article 24.2 CE. És un dret instrumental que tracta d'assegurar la realització efectiva dels principis d'igualtat i de contradicció entre les parts, i en els supòsits en què la Llei exigeix la seva preceptiva intervenció persegueix garantir a la part una defensa tècnica. Això comporta que aquesta assistència, a més de prestar-se de manera real i efectiva, l'han de proporcionar en determinades condicions els poders públics, per la qual cosa la designació d'aquests professionals es torna una obligació jurídic constitucional que incumbeix singularment als òrgans judicials (STC 47/1987 [RTC 1987/47], 139/1987 [RTC 1987/139] i 135/1991 [RTC 1991/135]).”

Una qüestió fonamental en aquest àmbit és la naturalesa d'aquesta intervenció. S'ha configurat com una exigència estructural del procés, la qual cosa obliga que, davant la passivitat de la part en la designació de defensa lletrada, sigui el tribunal qui n'hagi de suplir la inactivitat i en provoqui el nomenament. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 189/2006, de 19 de juny, afirma que:

“En el mateix sentit hem assenyalat que, en cas que la intervenció d'un lletrat sigui preceptiva –com ho és per a la preparació i interposició del recurs de cassació, per imperatiu del que disposa l'article 31.1 de la Llei d'enjudiciament civil (RCL 2000, 34, 962 i RCL 2001, 1892)–, aquesta garantia constitucional es converteix en una exigència estructural del procés que tendeix a assegurar-ne el desenvolupament correcte (STC 42/1982, de 5 de juliol [RTC 1982, 42], F. 2), el sentit del qual és satisfer la finalitat comuna a tota assistència lletrada, que és aconseguir el desenvolupament adequat del procés com a mecanisme instrumental introduït pel legislador, amb la intenció d'una dialèctica processal efectiva que faciliti a l'òrgan judicial la recerca d'una sentència ajustada al dret (STC 47/1987, de 22 d'abril [RTC 1987, 47], F. 3, i 233/1998, d'1 de desembre [RTC 1998, 233], F. 3, entre d'altres). La connexió que hi ha entre el dret a l'assistència lletrada i la institució mateixa del procés determina fins i tot que la passivitat del titular del dret l'ha de suplir l'òrgan judicial, per a la pròpia actuació del qual, i no solament per al millor servei dels drets i interessos del defensat, és necessària l'assistència del lletrat (STC 229/1999, de 13 de desembre [RTC 1999, 229], F. 2; 101/2002, de 6 de maig [RTC 2002, 101], F. 4; 145/2002, de 15 de juliol [RTC 2002, 145], F. 3, i 199/2003, de 10 de novembre [RTC 2003, 199], F. 5).”

En tot cas, s'ha de tenir en compte que aquesta activitat del tribunal és preceptiva en els casos en què la presència de la part sigui imprescindible, com és el cas de la compareixença de l'imputat en el procés penal.

Així s'ha pronunciat, entre d'altres, la Sentència de la Sala Segona del Tribunal Constitucional 60/2003, de 24 de març. Afirmar que:

“Quant a això, cal recordar que, com resumeix la STC 229/1999, de 13 de desembre (RTC 1999, 229), F. 2, aquest tribunal ha declarat, des de la nostra STC 42/1982, de 5 de juliol (RTC 1982, 42) (F. 3), que «l'assistència d'un lletrat és, de vegades, un pur dret de l'imputat» però que, altres vegades, constitueix un requisit processal pel compliment del qual el mateix òrgan judicial ha de vetllar, quan l'encausat no ho faci mitjançant l'exercici oportú d'aquell dret, i l'ha d'informar de la possibilitat d'exercir-lo o, fins i tot, quan així i tot mantingui una actitud passiva, procedint directament al nomenament d'un advocat i procurador». Amb vista a la connexió que hi ha entre el dret a l'assistència lletrada i la institució mateixa del procés, d'importància decisiva en l'estat de dret, «la passivitat del titular del dret l'ha de suplir l'òrgan judicial (art. 118 i 860 LECr) per a la pròpia actuació del qual, i no solament per al millor servei dels drets i interessos del defensat, és necessària l'assistència del lletrat» (STC 42/1982, F. 2).

Per tant, «el dret a l'assistència lletrada, que, quant a dret subjectiu, té com a finalitat 'assegurar la realització efectiva dels principis d'igualtat de les parts i de contradicció que imposen als òrgans judicials el deure positiu d'evitar desequilibris entre la respectiva posició processal de les parts o limitacions en la defensa que puguin inferir a alguna d'elles un resultat d'indefensió...» (STC 47/1987 [RTC 1987, 47], F. 2 i 233/1998 [RTC 1998, 233], F. 3), a vegades també constitueix una exigència estructural del procés (STC 47/1987, F. 3, i 233/1998, F. 3) i una garantia del seu desenvolupament correcte (STC 29/1995 [RTC 1995, 29], F. 4). Dit d'una altra manera, 'el mandat legal de defensa per mitjà d'un advocat troba una pròpia i específica legitimitat, abans de res, en benefici del defensat mateix, però també com a garantia d'un desenvolupament correcte del procés penal, assegurant, en particular, l'absència de coaccions durant l'interrogatori policial i, en general, la igualtat de les parts en el judici oral, i evitant la possibilitat que es produeixi la indefensió de l'imputat, de tal manera que enfront d'una acusació tècnica, aparegui també una defensa tècnica' (STC 29/1995, F. 4). La conseqüència de tot això és que l'assistència lletrada l'han de proporcionar en determinades condicions els poders públics, per la qual cosa la designació d'aquests professionals es torna una obligació jurídicocostitucional que incumbeix singularment als òrgans judicials (STC 47/1987 [RTC 1987, 47], 139/1987 [RTC 1987, 139] i 135/1991 [RTC 1991, 135])' (STC 132/1992 [RTC 1992, 132], F. 2)» (STC 229/1999, de 13 de desembre [RTC 1999, 229], F. 2).”

En aquest cas concret, el Tribunal Constitucional resol que:

“En efecte, no es pot entendre d'una altra manera des del moment en què la instància en què es produeix l'absència d'un advocat i procurador és un recurs de cassació per infracció de llei en què l'aquí recurrent acaba essent condemnat –tal com propugnava el Ministeri públic– per un tipus delictiu diferent del que se li va aplicar en la instància. Un supòsit d'aquesta índole, és prototip d'aquells en què és plenament aplicable la nostra doctrina, on hem declarat que l'assistència lletrada evita «la possibilitat que es produeixi la indefensió de l'imputat de tal manera que, enfront d'una acusació tècnica, aparegui també una defensa tècnica» (STC 29/1995, de 6 de febrer [RTC 1995, 29], F. 4). La conseqüència de tot això és que l'assistència lletrada l'han de proporcionar en determinades condicions els poders públics, per la qual cosa la designació d'aquests professionals es torna una obligació jurídicocostitucional que incumbeix singularment als òrgans judicials (STC 229/1999, de 13 de desembre [RTC 1999, 229], F. 2, i 145/2002, de 15 de juliol [RTC 2002, 145], F. 3, per totes).”

Però n'hi ha d'altres en què la no-presència de la part amb assistència d'un lletrat no l'ha de suplir el tribunal. És el cas del procés civil, en què, si no hi compareix, és declarat en rebel·lia. Fins i tot en el procés penal, el Tribunal Constitucional ha declarat que l'assistència lletrada es configura com un dret de l'imputat, però la seva assistència no és ineludible en tots els actes instructors. Així passa amb la declaració autoinculpatòria prestada davant el jutge

Article 881 de la LECr

Aquest article disposa explícitament que “en dictar la providència de què es parla en l'article anterior (que regula la interposició del recurs de cassació del Ministeri Fiscal) la Sala manarà nomenar un advocat i procurador per a la defensa del processat, condemnat o absolt per la sentència, quan no hi vagi el recurrent ni hi hagi comparegut”.

d'instrucció, però que no s'incorpora com a prova preconstituïda. En aquest sentit es va pronunciar la Sentència de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 38/2003, de 27 de febrer, que afirma:

“En particular aquest Tribunal ha reclamat aquesta intervenció només «en la detenció (STC 42/1982, 47/1986, 196/1987 i 66/1989) i en la prova sumarial anticipada (STC 150/1989, 182/1989, 217/1989, 59/1991 i 80/1991), actes processals en què, o bé perquè ho requereix expressament la Constitució, o bé per la necessitat de donar compliment efectiu a la presumpció d'innocència, l'ordenament processal ha de garantir la contradicció entre les parts» (STC 206/1991, de 30 d'octubre, F. 2). En conseqüència, «en els altres actes processals i amb independència que s'hagi de proveir d'un advocat el pres i que l'advocat defensor pugui lliurement participar en les diligències sumarials, amb les úniques limitacions derivades del secret d'instrucció, la intervenció del defensor no esdevé obligatòria fins al punt que s'hagin de considerar nul·les, per infracció del dret de defensa, aquestes diligències per la sola circumstància de la inassistència de l'advocat defensor» (STC 206/1991, de 30 d'octubre, F. 2, i 229/1999, de 13 de desembre F. 2).”

També s'han de valorar els casos en què no és preceptiva l'assistència lletrada en la instància, però sí per a la interposició del recurs. En aquests casos, si es presenta el recurs sense assistència lletrada, s'ha de requerir que el Tribunal l'esmeni, i no es pot limitar a inadmetre'l a tràmit.

Així, la Sentència de la Sala Segona del Tribunal Constitucional número 233/1998, d'1 de desembre, afirma que:

“Quan la llei exigeix la intervenció d'un lletrat per donar validesa a una actuació processal, els òrgans judicials n'han de considerar l'absència com un requisit esmenable (STC 112/1989 i 53/1990), per la qual cosa no solament s'ha de donar oportunitat a l'interessat de reparar aquesta omisió, sinó que, a més, «l'exigència a la part de tenir un defensor accentua l'obligació dels poders públics de garantir la designació efectiva d'un lletrat» (STC 91/1994, fonament jurídic 2n.).”

La sentència esmentada analitza la relació entre la postulació processal obligatòria i el dret a l'assistència lletrada com a integrant del dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24 de la Constitució. A continuació afirma que:

“L'exigència legal de postulació no coincideix sempre amb la necessitat constitucional d'assistència lletrada. Per això, que la llei permeti la compareixença personal de l'interessat no justifica sempre la negativa judicial al nomenament d'un lletrat del torn d'ofici si qui el sol·licita no té recursos econòmics per a designar-ne un de la seva elecció. La necessitat constitucional d'assistència lletrada és determinada per la finalitat que aquest dret compleix. Si, com hem dit abans, es tracta de garantir la igualtat de les parts i la contradicció efectiva per al desenvolupament correcte del debat processal, és constitucionalment obligada l'assistència lletrada allà on la capacitat de l'interessat, l'objecte del procés o la seva complexitat tècnica facin estèril l'autodefensa que aquest pot exercir mitjançant la seva compareixença personal. Per això hem reconegut –en relació amb la gratuïtat d'aquesta assistència lletrada– que «la negació del dret a l'assistència lletrada gratuïta en un procés que permet la compareixença personal només constitueix una vulneració constitucional si l'autodefensa exercida per aquell a qui es nega el dret es manifesta incapaç de compensar l'absència d'un advocat que el defensi i, per tant, de contribuir satisfactòriament a l'examen de les qüestions jurídiques suscidades en el procés, la qual cosa és determinable, en cada cas concret, atenent la major o menor complexitat del debat processal i la cultura i els coneixements jurídics del comparegut personalment, deduïts de la forma i el nivell tècnic amb què hagi fet la seva defensa» (STC 47/1987, fonament jurídic 3r.).”

En el cas concret plantejat, resolvia un recurs d'empara contra la resolució de l'Audiència Provincial d'un recurs d'apel·lació contra la interlocutòria d'un jutjat de vigilància penitenciària, en què el recurrent no va tenir assistència lletrada. Per la naturalesa del procés, el Tribunal Constitucional afirma que:

“Ni l'examen dels escrits de 10 de juliol i 9 de novembre de 1995, en què es va formalitzar la queixa i el recurs posterior de reforma i apel·lació subsidiària, posen en relleu una autodefensa incapaç de plantejar correctament les qüestions fàctiques i jurídiques objecte de la pretensió (STC 161/1985, 47/1987, 178/1991, 162/1993, 175/1994, 51/1996), ni finalment, per la seva finalitat –impugnació de la decisió administrativa de classificació penitenciària–, es tracta d'un procés en què l'assessorament tècnic es mostri imprescindible per a la defensa dels interessos legítims del demandant.”

No obstant això, la Sentència de la Sala Segona del Tribunal Constitucional número 132/1992, de 28 de setembre, afirma que sí que es vulnera el dret a la tutela judicial efectiva en un cas de renúncia de l'advocat de la part en un procés laboral en què no es va designar advocat d'ofici a la part que recorria en suplicació en un procés laboral. En aquest cas concret, no es va suspendre el termini per a recórrer, malgrat que el recurrent havia sol·licitat el nomenament d'un lletrat pel torn d'ofici. En aquest cas concret, s'atorga l'empara perquè el Tribunal argumenta que:

“Es pot originar una situació d'indefensió constitucionalment prohibida si no se suspèn el curs del procés fins que al litigant que no té mitjans econòmics li sigui nomenat un lletrat pel torn d'ofici (STC 28/1981 i 47/1987), i també que no és admissible fer dependre d'una institució aliena a les parts el compliment efectiu dels requisits capaços de determinar, si escau, la inadmissió dels recursos (STC 10/1990, 11/1990, 12/1990, 13/1990, 39/1990 i 99/1990).”

De la mateixa manera, la Sentència de la Sala Segona del Tribunal Constitucional número 174/2009, de 16 de juliol, atorga l'empara en un cas en què el recurrent no havia comparegut a la vista de mesures provisionals d'un procés de família, perquè havia sol·licitat la designació d'un advocat d'ofici i encara no se n'havia notificat el nomenament.

4.2. La llibertat d'expressió de l'advocat i el procés

En aquest context la **problemàtica** deriva de la **correcció disciplinària dels advocats** que intervenen en els processos judicials prevista en els articles 448 i següents de la LOPJ. Tal com indica el Tribunal Constitucional, cal cohonestar el dret de defensa de l'advocat i el respecte als subjectes processals o a tercers.

La Sentència de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 145/2007, de 18 de juny, declara, en el fonament jurídic tercer, que:

Lectura recomanada

Ricardo Juan Sánchez (2009). *Sanciones a Abogados y procuradores con ocasión de su actuación ante la administración de Justicia*. València: Tirant lo Blanch.

“La doctrina consolidada que hem anat establint sobre aquesta manifestació especial de la llibertat d’expressió apareix sintetitzada, entre d’altres, en les STC 235/2002, de 9 de desembre (RTC 2002, 235), F. 2; 117/2003, de 16 de juny (RTC 2003, 117), F. 2; 65/2004, de 19 d’abril (RTC 2004, 65), F. 2; 197/2004, de 15 de novembre (RTC 2004, 197), F. 5; 22/2005, d’1 de febrer (RTC 2005, 22), F. 3; 232/2005, de 26 de setembre (RTC 2005, 232), F. 3. Parteix del fet que l’exercici de la llibertat d’expressió en el si del procés judicial per part dels lletrats de les parts consisteix en una llibertat d’expressió reforçada l’específica rellevància constitucional de la qual s’esdevé de la seva connexió immediata amb l’efectivitat d’un altre dret fonamental, el dret a la defensa de la part (art. 24.2 CE). Per aquestes raons es tracta d’una manifestació especialment immune a les restriccions que en un altre context haurien d’operar (STC 205/1994, d’11 de juliol [RTC 1994, 205], F. 5).

Així mateix, hem puntualitzat (STC 22/2005, d’1 de febrer [RTC 2005, 22], F. 3; 232/2005, de 26 de setembre [RTC 2005, 232], F. 3) que «la qualitat especial de la llibertat d’expressió de l’advocat en l’exercici de defensa del seu patrocinat s’ha de valorar en el marc en què s’exerceix i atenent la seva funcionalitat per a l’assoliment de les finalitats que justifiquen el seu privilegiat règim, sense que empari el desconeixement del respecte degut a les altres parts presents en el procediment i a l’autoritat i imparcialitat del poder judicial (STC 205/1994, d’11 de juliol [RTC 1994, 205], F. 5; 79/2002 [RTC 2002, 79], F. 6; STEDH de 22 de febrer de 1989 [TEDH 1989, 3], *cas Barford*)».

Finalment, conclou que

“reiteradament hem afirmat, «exclosos l’insult i la desqualificació, la lliure expressió d’un advocat en l’exercici de la defensa del seu patrocinat ha de ser emparada per aquest tribunal quan en el marc d’aquesta s’efectuen afirmacions i judicis instrumentalment ordenats a l’argumentació necessària per a impetrar dels òrgans judicials la tutela adequada dels ciutadans en l’exercici dels seus drets i interessos legítims, encara més quan es tracta de la reparació d’un dret fonamental que s’entén conculcat» (STC 157/1996, de 15 d’octubre [RTC 1996, 157], F. 5; 226/2001, de 26 de novembre [RTC 2001, 226], F. 3; ATC 76/1999, de 16 de març).”

5. La protecció civil dels drets fonamentals

5.1. Introducció

L'article 53.2 de la Constitució espanyola preveu que:

“Qualsevol ciutadà podrà recaptar la tutela de les llibertats i dels drets reconeguts en l'article 14 i la secció primera del capítol segon davant els tribunals ordinaris per un procediment basat en els principis de preferència i sumarietat i, si escau, mitjançant el recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional. Aquest últim recurs és aplicable a l'objecció de consciència que reconeix l'article 30.”

En el moment d'aprovar la Constitució el legislador havia promulgat la Llei 62/1978, de 26 de desembre. És a dir, es va aprovar el dia abans de sancionar la Constitució. Aquesta llei regulava un procés especial per a la protecció dels drets fonamentals en els ordres penal, contenciós administratiu i civil.

Llei 62/1978

El seu àmbit d'aplicació es va anar ampliant per mitjà de diferents lleis. Així, l'article 1.2 de la Llei preveia que:

“Queden compreses en l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei, sense perjudici del que estableix la disposició final, les llibertats d'expressió, reunió i associació, la llibertat i el secret de la correspondència, la llibertat religiosa i la de residència, la garantia de la inviolabilitat del domicili, la protecció jurídica enfront de les detencions il·legals i, en general, enfront de les sancions imposades en matèria d'ordre públic.”

La disposició final primera regulava una habilitació al Govern, que preveu que:

“Dins dels dos mesos des de l'entrada en vigor de la Constitució, i mentre es regula definitivament el procediment jurisdiccional d'empara o tutela dels drets reconeguts en aquesta, el Govern, mitjançant un decret legislatiu, amb l'audiència prèvia del Consell d'Estat, pot incorporar a l'àmbit de protecció d'aquesta llei els nous drets constitucionalment declarats que siguin susceptibles de protecció.”

Aquesta previsió, la va desplegar el Reial decret 342/1979, de 20 de febrer, que ampliava els drets fonamentals protegits per mitjà d'aquesta llei “als drets a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, el secret de les comunicacions telefòniques i telegràfiques, la lliure circulació pel territori nacional, la lliure entrada i sortida d'Espanya en els termes legals, la llibertat de càtedra i la llibertat sindical”.

Finalment, la Llei orgànica del Tribunal Constitucional va ampliar en la disposició final segona l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei a la totalitat dels drets fonamentals de la manera següent:

“Mentre no es despleguin les previsions de l'article 53.2 de la Constitució per a configurar el procediment judicial de protecció dels drets i les llibertats fonamentals, s'entén que la via judicial prèvia a la interposició del recurs d'empara és la contenciosa administrativa ordinària o la configurada en la secció segona de la Llei 72/1978, de 26 de desembre, sobre protecció jurisdiccional dels drets fonamentals, als efectes de la qual l'àmbit d'aquesta s'entén estès a tots els drets i les llibertats a què es refereix el que expressa l'article 53.2 de la Constitució.”

En configurar el procediment de la Llei 62/1978 com la via ordinària prèvia al recurs d'empara, estén l'àmbit d'aplicació d'aquesta a la totalitat dels drets fonamentals que hi poden accedir, la qual cosa es preveu en els articles 161.1.b de la Constitució espanyola i 2.1.b de la LOTC. És a dir, són els drets que contenen l'article 14 i la secció primera del capítol segon –art. 15 a 29– i l'article 30 de la Constitució espanyola.

La Llei 62/1978 va ser aprovada abans que la Constitució. El motiu és que la seva promulgació no va ser conseqüència del desplegament legislatiu del procediment preferent i sumari previst en l'article 53.2 de la Constitució, sinó dels pactes de la Moncloa.

En l'àmbit civil, les especialitats que regulava la Llei 62/1978 eren:

- La regulació de la legitimació activa. Preveia que:

“Estan legitimats per a actuar com a demandants el Ministeri Fiscal i les persones naturals i jurídiques titulars d'un dret subjectiu que les faculti per obtenir la declaració judicial pretesa.”

- La possibilitat que pugui actuar en el procés com a coadjuvant del demandant o del demandat qualsevol persona natural o jurídica que tingui un interès directe en l'assumpte.
- La intervenció preceptiva del Ministeri Fiscal en els processos de protecció dels drets fonamentals.
- La remissió al procediment incidental, afegint-hi les especialitats procesals següents:
 - El caràcter comú del còmput del termini per a contestar a la demanda per als demandats i intervinents.
 - L'exclusió del termini extraordinari de prova.
 - Si se sol·licita la celebració de la vista, s'ha de celebrar durant els set dies següents a la sol·licitud.
- La possibilitat que s'interposi un recurs d'apel·lació amb les especialitats següents:
 - L'admissió a tots dos efectes, devolutiu i suspensiu.
 - La prohibició que l'interposin els tercers coadjuvants al marge de la part principal (demandant o demandat).
 - La remissió en el procediment del recurs d'apel·lació a la secció 3a. del títol VI del llibre II de la LEC de 1881, amb les especialitats següents:
El termini de prova és de deu dies.
La celebració de la vista s'ha de fer durant els set dies següents a la conclusió del termini concedit al ponent per a la instrucció.
 - Contra la sentència que es dicti no es pot interposar cap recurs de cassació o revisió.

Vegeu també

Per a obtenir-ne més informació, vegeu àmpliament l'anàlisi històrica que fa Fairén Guillén (1979, maig-agost). “El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53-2 de la Constitución”. *Revista de Administración Pública* (núm. 89, pàg. 246 i seg.).

La regulació indicada es va complementar amb la d'alguns drets fonamentals als quals el legislador va considerar convenient atorgar una protecció específica.

El motiu d'aquesta especialitat és que la durada del procediment de la Llei 62/1978 era incompatible amb l'efectivitat de la seva tutela, ja que, en el moment de dictar la sentència, el perjudici podria ser irreparable.

En l'ordre civil s'han publicat dues lleis, que són la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, i la Llei orgànica 4/1984, de 26 de març, reguladora del dret de rectificació.

El legislador era conscient dels problemes implícits en la Llei 62/1978, derivats del fet que no es va promulgar com a desplegament de l'article 53.2 de la CE, sinó de manera paral·lela i un dia abans que aquesta. Per això el 1983 va elaborar un avantprojecte de llei orgànica de protecció jurisdiccional dels drets fonamentals, que mai no es va arribar a aprovar. La protecció en l'ordre civil es desplega en els articles 15 i següents, i hi destacaven els aspectes següents:

- La tramitació es remetia al procediment incidental, i és comú el termini de contestació a la demanda i no es permetia el termini extraordinari de prova.
- Es preveia l'adopció de mesures cautelars a instàncies de part o d'ofici.

En una segona etapa, la doctrina es va plantejar la necessitat de regular un procediment específic per al desenvolupament d'aquest procediment i la tècnica legislativa de regular de manera diferenciada els diferents ordres jurisdiccionals o de manera conjunta. A l'inici la doctrina es pronunciava majoritàriament en el sentit de regular un procediment especial que tingués el caràcter de preferència i sumarietat exigida per l'article 53.2 de la Constitució espanyola de 1978.

Posteriorment, es va posar en relleu la conveniència de remetre'l als procediments ordinaris de cadascun dels ordres jurisdiccionals. Aquesta tendència va ser finalment acollida pel legislador en els diferents ordres jurisdiccionals, i va quedar sense contingut la Llei 62/1978. Concretament, en l'ordre civil la LEC 2000 va derogar els articles 11 a 15 d'aquesta llei.

L'exposició de motius justifica el tractament que la nova LEC atorga a aquest procediment, argumentant en l'apartat X de l'exposició de motius que es tracta del desplegament de l'article 53.2 de la Constitució. Distingeix entre els drets fonamentals extraprocessals que es tramitarien mitjançant el procediment ordinari amb caràcter preferent i els drets fonamentals de naturalesa processal, la infracció dels quals s'ha d'al·legar en el procés en què s'ha produït.

Vegeu també

Per a obtenir-ne més informació, vegeu àmpliament la classificació efectuada per Pérez Tremps i Revenga Sanchez (2005). *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en España* [en línia]. Madrid.

Vegeu també

Per a obtenir-ne més informació, podeu consultar el *Butlletí d'Informació del Consell General del Poder Judicial* (any III, novembre de 1983, núm. 19, pàg. 6 i seg.).

5.2. Els caràcters del procés de protecció dels drets fonamentals que preveu l'article 53.2 de la Constitució espanyola

L'article 53.2 de la Constitució espanyola exigeix que aquest procediment estigui basat en "els principis de preferència i sumarietat i, si escau, per mitjà del recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional". D'això resulta que els dos principis informadors d'aquest procés són la preferència i la sumarietat.

Abans d'iniciar l'anàlisi d'aquests dos conceptes hem d'advertir la **imprecisió terminològica** de l'article 53.2 de la Constitució, ja que la preferència no és en cap cas un principi del procés. També, com analitzarem, s'han plantejat dubtes sobre el significat de l'expressió *sumarietat* utilitzat en l'article 53.2 de la Constitució.

5.2.1. La preferència

La preferència ha estat interpretada des d'un inici com a sinònim de *celeritat* i s'ha criticat l'abús d'aquesta expressió en els diferents procediments als quals el legislador vol dotar d'una agilitat superior els procediments declaratius ordinaris. Per a això s'ha de tramitar el procés en què s'al·legui la infracció d'un dret fonamental de manera prioritària respecte de la resta d'assumptes que estiguin pendents davant un tribunal i sense seguir l'ordre d'assenyalaments ordinaris.

Lectures recomanades

Fairén Guillén i García Morillo (1994). *La protección judicial de los derechos fundamentales* (pàg. 84). València.

Vegeu per tots García Morillo (*op. cit.*, pàg. 84 i seg.) i Carrillo (1995). *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios* (pàg. 49 i seg.). Madrid.

En l'ordre civil, l'article 249.1.2 de la LEC preveu que la seva tramitació "té caràcter preferent". Des d'un punt de vista pràctic s'ha de traduir en un primer moment en el fet que aquests processos s'han de repartir de manera prioritària, i així ho recullen les **normes de repartiment** aprovades per les sales de govern del Tribunal Superior de Justícia, a proposta de la junta de jutges de l'ordre jurisdiccional respecteiu (art. 167 LOPJ). D'altra banda, una vegada que ha estat repartit l'assumpte i se n'ha atribuït el coneixement a un tribunal concret, s'ha de tramitar de manera prioritària a la resta dels existents, de manera que s'admeti a tràmit la demanda i es gestioni de manera immediata, i s'assenyalin les vistes sense seguir l'ordre dels procediments (art. 183 LEC) i es compleixin estrictament els terminis processals.

En principi, la intenció del constituent és elogiable, ja que vol que aquest tipus de processos tingui una durada temporal inferior a la mitjana dels procediments ordinaris. Una qüestió diferent és com es tradueix a la pràctica aquesta circumstància i si s'aconsegueix la finalitat volguda, ja que s'ha de tenir

Vegeu també

En aquest sentit, vegeu la denúncia feta per De la Oliva Santos, que es preguntava què era el principi de preferència i afirmava que "no se sabe, ya que no es recogido por los tratadistas al abordar el clásico tema de los principios procesales" ["La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978 (comunicación a la XIV Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades del Estado Español)". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (núm. 2 i 3, pàg. 412 i seg.). Madrid, 1978].

Vegeu també

Respecte del concepte de *preferència*, vegeu àmpliament l'anàlisi efectuada per Fairén Guillén sobre la utilització del terme *preferència* en els textos legislatius espanyols i que es remunta al Decret de 28 de novembre de 1812 (pàg. 246 i seg.).

Lectura complementària

M. Carrasco Durán (2002). *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales* (pàg. 57). Madrid.

en compte que la celeritat d'un procediment no s'aconsegueix només amb l'atorgament del caràcter de preferent a un tipus d'assumpes respecte d'uns altres.

Llei de procediment laboral

Actualment a Espanya la Llei de procediment laboral preveu la tramitació amb caràcter preferent de nombrosos procediments, la qual cosa s'ha traduït a la pràctica que la previsió legislativa és inoperant, ja que hi ha molts processos que tenen el mateix caràcter (preferència). Aquesta situació ocasiona que se segueixi l'ordre normal d'assenyalaments. La mateixa situació es produïa en l'ordre civil abans de l'entrada en vigor de la LEC actual, ja que aquesta va derogar la totalitat dels processos especials en integrar les especialitats processals en la seva regulació. Així, Tomé García afirmava que "en nuestro ordenamiento jurídico procesal existen muchas preferencias, y, por ello, una cosa es que se proclame el principio, y otra es que efectivamente se lleve a cabo en la práctica" (*Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios* [pàg. 150]. Madrid, 1987).

A manera de conclusió, hem d'indicar que el caràcter preferent del procés de protecció dels drets fonamentals no és un principi del procés, sinó una nota informadora del procediment amb la qual es vol que aquest no es dilati en la tramitació pel "col·lapse" dels tribunals de justícia, sinó que se li atorgui una tramitació preferent sense respectar l'ordre d'assenyalaments que en principi coincideix amb l'antiguitat de l'assumpte.

5.2.2. El caràcter sumari

Segons l'article 53.2 de la Constitució espanyola, el segon dels principis que ha d'informar el procediment de protecció dels drets fonamentals és la **sumarietat**.

Tècnicament, s'utilitza aquest terme per a **designar** els **procediments** que tenen una **cognició limitada** per part del **Tribunal**, o bé perquè es limita l'objecte del procés, o bé perquè no es permet la pràctica de determinats mitjans de prova.

Doctrinalment, es distingeix entre els processos sumaris i els judicis plenaris ràpids, en afirmar que els primers es diferencien de l'ordinari pel contingut i els segons en el fet que tenen una forma més curta, però l'objecte del procés és idèntic.

La doctrina, en analitzar l'article 53.2 de la Constitució i la regulació de la Llei 62/1978, està pràcticament d'acord que el legislador ha utilitzat el concepte **sumarietat** com a sinònim de **brevetat** i no en el sentit de limitació de l'objecte del **procés**. És a dir, ha regulat un **judici plenari ràpid**.

Lectures recomanades

J. Almagro Nosete (1981). "La evolución del Derecho a la jurisdicción constitucional". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (núm. 4, pàg. 324).

M. Carrasco Durán (2002). *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales* (pàg. 60). Madrid.

A. de la Oliva Santos (*op. cit.*).

Lectura recomanada

Vegeu per tots Fairén Guillén (1969). "Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo". A: *Temas del Ordenamiento Procesal* (tom II, pàg. 828). Madrid.

I. Diez-Picazo Giménez (1996). “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”. A: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales* (amb De la Oliva Santos, pàg. 118). Madrid.

J. Jiménez Campo (1996). “Artículo 53: protección de los derechos fundamentales” [en línia]. A: *Comentarios a la Constitución Española* (tom IV, pàg. 58). Madrid.

J. A. Tomé García (*op. cit.*, pàg. 152).

Per tots V. Fairén Guillén (*op. cit.*, pàg. 244).

M. Carrasco Durán (*op. cit.*, pàg. 60).

M. Carrillo (*op. cit.*, pàg. 51).

García Morillo afirma que el constituent vol que:

“El procedimiento sea abreviado y desprovisto de los formalismos que caracterizan –y ralentizan– el proceso ordinario.”

(*op. cit.*, pàg. 88)

Des d'aquesta perspectiva defensa que el constituent era conscient dels conceptes existents de *sumarietat* i *disseny* d'un procés d'objecte limitat:

“En el que sólo se pueden instar las pretensiones relativas a derechos fundamentales, a diferencia del ordinario, en el que pueden plantearse cualesquiera cuestiones de legalidad.”

(*op. cit.*, pàg. 90)

En el mateix sentit es pronunciava O'Callaghan, en afirmar que:

“La Constitución parece emplear el término *sumario* en el sentido de que queda delimitado el objeto del proceso que es la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, sin que quepa acumular pretensión distinta alguna.”

(“El recurso preferente y sumario del artículo 53 de la Constitución”. *Revista del Poder Judicial*. Núm. especial VI: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas* (pàg. 306).

D'acord amb aquesta concepció de la sumarietat, va ser plenament coherent que la Llei 62/1978 remetés en l'ordre civil al judici incidental per a la tramitació del procés de protecció dels drets fonamentals. És a dir, ens trobàvem, tant en la concepció del constituent com en la seva regulació legal, davant un judici plenari ràpid en què es volia obtenir una resolució judicial en un marge de temps escàs atenent la brevetat del judici incidental respecte del procediment ordinari de més quantia.

L'opció pel procediment incidental era discutible, ja que des d'un punt de vista pràctic generava múltiples incerteses a causa de la seva escassa regulació legal. Després d'analitzar la regulació de tots dos procediments en la Llei d'enjudiciament civil de 1881, Fairén Guillén afirma que:

“El procedimiento incidental semeja en su dinámica al del juicio de menor cuantía, [...] si bien con menor desarrollo legal, y aún con menos acierto.”

V. Fairén Guillén. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos* (pàg. 216).

Anys 1978

Recordem que ens estem remetent a la normativa processal existent el 1978 i en aquest moment el procediment tipus de la LEC era el judici ordinari de més quantia. Aquesta situació es va alterar amb la reforma de la LEC de 1881 per mitjà de la Llei 34/1984, en què es va elevar la quantia del procediment ordinari de més quantia a 100 milions de pesetes (art. 483 LEC de 1881) i que després s'incrementaria a 160 milions de pesetes en la reforma de 1991.

Lectures recomanades

V. Fairén Guillén (*op. cit.*, pàg. 211-216).

V. Fairén Guillén (*op. cit.*, pàg. 215).

Entre els defectes del procediment incidental respecte del judici ordinari de menor quantia, hi destacaven el període probatori i la regulació del recurs d'apel·lació. En part, aquests defectes es devien al fet que el judici incidental es plantejava com un “objectiu adjectiu”, és a dir, “per a aconseguir una meta purament instrumental del principal”.

Malgrat aquestes circumstàncies, el legislador va optar per remetre al procediment incidental la tramitació del procediment de protecció dels drets fonamentals que regula la Llei 62/1978. L'opció legislativa va ser coherent amb la tendència de les lleis materials, que també es remetien a ell per a aconseguir més agilitat en l'obtenció de la resolució judicial. I tot això malgrat els defectes indicats per la doctrina processal.

És a dir, el concepte de *sumarietat* utilitzat en l'article 53.2 de la Constitució s'ha d'interpretar com a sinònim de *rapidesa en la tramitació* i no com a limitació del coneixement de l'òrgan judicial. D'altra banda, l'opció de la Llei 62/1978 no resolva en l'ordre civil les exigències de la Constitució, ja que l'opció pel procediment incidental introduïa més incerteses que certes en la tramitació procedimental.

Lectura recomanada

Vegeu per tots V. Fairén Guillel (op. cit., pàg. 217).

6. Situació actual

La Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, ha modificat substancialment la regulació existent. Concretament, ha derogat els articles 11 a 15 de la Llei 62/1978 i ha integrat les especialitats exigides pel legislador en la mateixa Llei d'enjudiciament civil en un intent legislatiu de reduir l'existència de processos especials regulats al marge de la LEC mateixa.

A més, el legislador espanyol ha aprovat normes que afecten de manera parcial algun dret fonamental, concretament el dret a la igualtat i la prohibició de discriminació. En aquest àmbit ha estat fonamental la influència de la normativa comunitària.

Així, la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la **igualtat efectiva de dones i homes**, modifica l'article 217.5 de la LEC, ja que, tal com afirma en la disposició final quarta:

“Mitjançant aquesta llei, s'incorporen a la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, i a la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, la Directiva 97/80/ CE del Consell, de 15 de desembre de 1997, relativa a la càrrega de la prova en els casos de discriminació per raó de sexe.”

També hi ha altres normes legals que contenen previsions similars, com l'article 20 de la Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'**igualtat d'oportunitats, no-discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat**, i l'article 29 i següents de la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

En l'ordre laboral, l'article 179.2 de la LPL preveu que:

“En l'acte del judici, una vegada constatada la concurrència d'indisicis que s'ha produït violació de la llibertat sindical, correspon al demandat l'aportació d'una justificació objectiva i raonable, prou provada, de les mesures adoptades i de la seva proporcionalitat.”

Aquesta previsió és aplicable a la totalitat dels supòsits en què s'al·legui l'existència d'una **discriminació** (BOCG de 10 de juny del 2011).

Actualment s'ha presentat un projecte de llei integral per a la igualtat de tracte i la no-discriminació, que regula especialitats processals en l'àmbit de la legitimació i de les normes de càrrega de la prova.

Les característiques de la nova regulació són:

- L'article 249.1.2 de la LEC distingeix dos supòsits:

Vegeu també

Per a obtenir-ne més informació, es pot consultar el títol II dedicat a l'ordre social, capítol II i seccions II i III.

Discriminació

Tal com informa Pérez Gil, es va ampliar objectivament a totes les demandes de tutela de drets fonamentals, inclosa la prohibició de tractament discriminatori i de l'assetjament per l'aplicació de l'article 181 de la LPL, després de la reforma duta a terme per la Llei 62/2003 i la disposició addicional 13.7 de la Llei orgànica 3/2007 (*op. cit.*, pàg. 5).

- El judici ordinari per a la tramitació dels processos en què s'al·legui la vulneració d'un dret fonamental o la tutela del dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge.
- El judici verbal per a la tutela del dret de rectificació.
- Es preveu expressament que es tramitaran de manera preferent.
- El Ministeri Fiscal sempre n'és part.
- La legitimació extraordinària d'administracions públiques en algun cas de discriminació.
- El fur de competència territorial és el domicili del demandant i si no és a Espanya el lloc on s'ha produït la infracció del dret fonamental.
- La inversió de la càrrega de la prova en algun cas concret de discriminació.
- Les sentències que es dictin en aquest procediment sempre són susceptibles de recurs en cassació.
- L'execució provisional té caràcter preferent, però no es permet l'execució provisional del pronunciament indemnitzador dels processos de protecció de l'honor.

7. La protecció dels drets fonamentals processals

Al marge de la protecció civil dels drets fonamentals, ens trobem que en el procés civil també es poden vulnerar els principis essencials del procés que integren el dret a la tutela judicial efectiva. En aquest cas, la part pot utilitzar els mecanismes següents per a al·legar-ne la vulneració:

- L'incident de nul·litat d'actuacions.
- Els recursos que es puguin interposar contra la resolució judicial que infringeixi el dret fonamental.
- L'incident excepcional de nul·litat d'actuacions.
- El recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional.

Vegeu també

Ens remetem als temes corresponents per al seu desplegament.

Activitats

1. En un procés de protecció civil dels drets fonamentals no ha intervingut el Ministeri Fiscal en primera instància i el Jutjat de Primera Instància ha dictat una sentència que declara que no s'ha vulnerat el dret a l'honor. Com a part hi voleu recórrer en contra al·legant la infracció:

a. Analitzeu el caràcter i l'abast de la infracció, i també la manera en què la part ha de denunciar.

b. Redacteu l'escrit en què al·legueu la infracció.

2. Us consulten un cas en què, a través d'un blog, s'està divulgant informació i dades que afecten la intimitat d'una persona. Us demanen consell de com es pot reaccionar jurídicament.

a. Quina institució processal podeu utilitzar per a identificar el responsable del blog?

b. Identifiqueu les accions que podríeu exercitar i davant quin tribunal les interposaríeu.

c. Podríeu provocar d'alguna manera el cessament de l'activitat del blog pel que fa a la divulgació d'informacions que afectin la intimitat de la persona que us ha fet la consulta?

d. Redacteu els escrits processals que cregueu convenients per a complementar les diferents qüestions.

