

BALANCE DE LA LEY 62/1978 DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

FERNANDO GARCÍA MATA Y CARLOS GARCÍA MATA

SUMARIO: — I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA DE GARANTÍAS. — II.— PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA Y LIBERTADES PÚBLICAS PREVISTO EN LA LEY 62/1978 EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. Ámbito. 2. El discutido modelo instituido por la Ley 62/1978. 3. Valoración del procedimiento previsto en la Ley 62/1978. 4. El recurso contencioso-administrativo de protección del derecho de reunión. — III. LA LEY 62/78 Y EL ÁMBITO PROCESAL PENAL (SECCIÓN 1.ª): 1. Panorama procesal en el que surge hasta llegar al día de hoy. 2. Particularidades que contempla la Ley 62/78. 3. A modo de despedida de este apartado. — IV. LA LEY 62/78 Y EL ÁMBITO PROCESAL CIVIL (SECCIÓN 3.ª): 1. Ámbito de aplicación y procedimiento a que se remite. 2. Legislación posterior a tener en cuenta. 3. Acción civil y acción penal en los procedimientos sobre el honor. 4. Conclusiones.

I.— CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA DE GARANTÍAS

Configurados los derechos fundamentales, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ GARCÍA¹ como una limitación al poder estatal fruto del Estado de Derecho, constituye un fenómeno indudable su incorporación a los textos constitucionales desde que en Francia y en Estados Unidos se comenzó a incluir estos valores materiales en Declaraciones dotadas de contenido y valor jurídicos propios.

Por ello se habla de una constitucionalización de los derechos y libertades a la que no es ajena la Constitución Española de 1978 que en su preámbu-

1. RODRÍGUEZ GARCÍA, Ángel. *Jornadas de Estudio sobre la reforma del Proceso Contencioso-Administrativo. El procedimiento especial de protección de derechos fundamentales amparo judicial*. "Consejo General del Poder Judicial". Año 1989, número especial XV, pág. 9 y siguientes.

lo proclama la voluntad de «proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos».

Así el sistema de garantías de las libertades y derechos fundamentales se encuentra en los artículos 53 y 54 CE y puede sistematizarse, según señala el anterior autor, en:

A) Garantías normativas de todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo, tanto en la Sección 1.^a como en la Sección 2.^a, por cuanto sólo el legislador está llamado directamente a regular su ejercicio.

B) Garantías de fiscalización, mediante la institución del Defensor del Pueblo que, como alto comisionado de las Cortes Generales, tiene como misión la defensa de todos los derechos comprendidos en el Título 1.

C) Garantías jurisdiccionales, encomendadas directamente a los tribunales ordinarios, con un plus de protección cuando lo que se recaba es la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1.^a del Capítulo Segundo, mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el presente trabajo nos situamos en este último ámbito y, en concreto, ante el denominado amparo judicial ante los tribunales ordinarios.

II.- PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA Y LIBERTADES PUBLICAS PREVISTO EN LA LEY 62/1978 EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1.- Ámbito

En primer lugar y para hacer justicia a la Ley 62/1978 cuya derogación en el ámbito contencioso-administrativo se ha producido por la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa –cuya entrada en vigor la establece la Disposición Final Tercera a “los cinco meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»” que se produjo el 14 de julio–, resulta preciso llevar a cabo una afirmación, cual es, la de que dicha ley en el ámbito contencioso-administrativo, casi desde sus orígenes ha dado contenido, de hecho, a la previsión ínsita en el artículo 53.2 CE –“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reco-

nocida en el artículo 30”–, si bien es evidente que ello siempre que, como señala CORDOBA CASTROVERDE² interpretemos el término «sumario» en un sentido impropio, esto es, como breve, rápido o que tomemos como cuestión litigiosa la totalidad de la situación jurídica creada por el acto administrativo impugnado.

Ciertamente, y aunque la tramitación de ambos textos es coetánea lo cierto es que la Ley 62/1978 de 26 de diciembre no nace materialmente para dar contenido al artículo 53.2 de la Constitución y ello resulta evidente a la vista de su ámbito inicial de aplicación –en el art. 1.2 de la misma se dispone que “quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público”–.

No obstante lo anterior, el ámbito de aplicación de la ley se fue abriendo –el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero incorporó al ámbito de protección de la Ley 62/1978 “los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la libre entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical” y, por fin, la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional estableció que “en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria, o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2, de la Constitución”, incluyéndose con los arts. 21.3 y 24 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, los derechos de asilo y refugio–, de forma que tras estas disposiciones normativas la Ley 62/1978 ha dado de tal manera satisfacción a la previsión contenida en el artículo 53.2 CE, que no ha sido preciso el desarrollo anunciado por la disposición transitoria antes referido.

2. CORDOBA CASTROVERDE, Diego. *El amparo judicial en lo contencioso-administrativo. Cuadernos de Derecho Judicial: Amparo Judicial. Jurisprudencia Constitucional Práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa*. “Consejo General del Poder Judicial”. Año 1994, n.º XXVII pág. 287.

Ha sido por el contrario con su derogación por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuando se ha explicitado la anterior realidad al señalarse expresamente que "el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española, se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley" (art. 114.1).

2.- El discutido modelo instituido por la Ley 62/1978

Entre los dos modelos posibles dirigidos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: el ordinario, que dispensa el amparo a través de los cauces procesales comunes, y el que establece procesos judiciales especiales, la Ley 62/1978 opta por establecer un proceso especial exclusivo de protección de derechos fundamentales, aunque sin privar la eventual opción del recurrente a acudir al cauce del proceso ordinario.

No han sido pocas las críticas que se han venido haciendo al sistema acogido por la Ley 62/1978 de añadir a los procesos ordinarios un proceso especial, críticas concretadas por BORRAJO INIESTA³ en: 1. Las complejidades procesales, con la necesaria acomodación a plazos y trámites distintos de los habituales, a veces hasta el punto de resultar inconciliables. 2. La disociación entre derechos fundamentales y el resto del ordenamiento, de forma que en los procedimientos ordinarios los Tribunales parece que deben limitarse a aplicar una legalidad ordinaria ajena a la Constitución y viceversa; y 3. Las disfunciones y efectos perversos, producidos porque con alegar un derecho para acceder a un procedimiento especial que puede resultar más favorable, al margen de lo fundado de la alegación; máxime cuando el modelo llamado ordinario no impide la existencia de medidas específicas de protección de los derechos fundamentales, como son, a juicio del autor anteriormente citado: 1) las medidas cautelares reforzadas, ya sea por la celeridad en su adopción, por los criterios establecidos para otorgarlas, por el alcance de sus efectos o por todos estos factores unidos; 2) turnos preferentes para la tramitación de los procesos donde se dirime la protección de derechos fundamentales de las partes, y 3) plazos de tramitación abreviados, que hacen posible alcanzar rápidamente una resolución definitiva.

3. BORRAJO INIESTA, Ignacio. *El amparo judicial: la innecesidad e inconveniencia de encauzarlo mediante procedimientos específicos, y de confiárselo a órganos especializados*. "Cuadernos de Derecho Judicial: Amparo Judicial. Jurisprudencia Constitucional Práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa. Consejo General del Poder Judicial". Año 1994, n.º XXVII.

No obstante lo anterior, el paso del tiempo y la jurisprudencia ordinaria y constitucional han clarificado de forma suficientemente nítida el modelo.

Así, ante impugnación de un acto administrativo, en sentido amplio, o disposición de carácter general frente al que se pretende hacer valer tanto motivos de vulneración de derechos fundamentales, como vulneraciones de legalidad ordinaria, la parte, conforme al modelo instituido con la aprobación de la ley 62/1978, tenía a su disposición una doble opción:

A) Interponer recurso contencioso administrativo especial por la vía prevista en la Ley 62/1978, haciendo valer exclusivamente en el mismo las vulneraciones de los preceptos incluidos en su ámbito de aplicación, e interponer en su momento recurso contencioso-administrativo ordinario, en el que se hacían valer exclusivamente las vulneraciones de legalidad ordinaria; o

B) interponer recurso contencioso-administrativo ordinario en el que se acumulaba la invocación de las vulneraciones legales y constitucionales.

En dicho sistema había unos principios jurisprudencialmente asentados, aunque hayan sido repetidamente ignorados en muchas ocasiones por los recurrentes, como eran:

a) La imposibilidad de hacer valer motivos de legalidad ordinaria en el proceso previsto por la vía de la Ley 62/1978 —si se hacía el Tribunal declaraba la improcedencia de entrar a examinarlos de forma que quedaban imprejuicados en dicha vía—.

b) La necesidad si se deseaba hacer valer las vulneraciones de legalidad ordinaria, una vez interpuesto recurso por la vía de la ley 62/1978, de promover un recurso contencioso-administrativo ordinario, que normalmente se interponía con posterioridad lo que determinaba la simultaneidad inicial en la tramitación de un procedimiento administrativo en vía de recurso y un proceso con relación a un mismo acto o disposición, ya que para la interposición del recurso ordinario resultaba preciso agotar la vía administrativa, agotamiento de la vía administrativa previa que no resultaba preciso en el recurso previsto en la Ley 62/1978 y la posterior simultaneidad de dos procesos judiciales que tenía por objeto la anulación de un acto o disposición —si bien evidentemente bajo distinta perspectiva—, ya que la interposición sucesiva del proceso especial y del ordinario, generaba normalmente la inadmisibilidad del segundo por haber transcurrido el plazo de interposición de este último.

Sintetizando el anterior sistema la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1987, de 25 de mayo tuvo ocasión de señalar lo siguiente:

«La garantía contencioso-administrativa que configura la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona consiste en un pro-

ceso caracterizado, además de por su naturaleza preferente y la mayor brevedad de sus trámites, por su especialidad y sumariedad, en el sentido de que tan sólo puede enjuiciarse en el mismo la conformidad del acto o disposición objeto del recurso con los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE (art. 6.1 L 62/1978, en conexión con la disp. trans. 2.ª.2 LOTC). Cualquier otra cuestión relativa a la legalidad del acto o disposición impugnado debe sustanciarse a través del recurso ordinario, que incluso puede seguirse simultáneamente al proceso especial, como recuerda nuestra S 23/1984 de 20 febrero.

En el recurso ordinario puede plantearse también la eventual infracción de los derechos constitucionalmente reconocidos, y asimismo constituye, en su caso, una vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo. En consecuencia, los interesados deben optar entre acogerse a las ventajas de preferencia y celeridad propias del proceso sumario de la L 62/1978, renunciando a pretender la nulidad del acto por vicios de legalidad, o bien plantear cualquier posible motivo de nulidad a través del recurso ordinario, renunciando a aquellas ventajas procesales, o bien, por último, instar en tiempo y forma dos acciones paralelas con el mismo objeto y por motivos distintos.

Lo que el ordenamiento procesal vigente no contempla, ni puede afirmarse que imponga el art. 24.1 CE, es la facultad de utilizar sucesivamente una y otra vía de recurso, de manera que pueda formularse el ordinario una vez desestimado el especial, con independencia del transcurso de los plazos legales de caducidad de la acción. La admisión del recurso preferente y sumario y su consiguiente tramitación no suspenden el cómputo de dichos plazos ni se produce con reserva del derecho al ejercicio de la acción por la vía ordinaria.

Con el anterior sistema se evita en parte uno de los inconvenientes que se achacan a la existencia de un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales, cual es, el de disociar entre procedimientos ordinarios en los que los Tribunales parece que deben limitarse a aplicar una legalidad ordinaria y viceversa, ya que si la parte desea plantear conjuntamente las vulneraciones de derechos fundamentales comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 62/1978 y de legalidad ordinaria, puede libremente acudir al proceso ordinario, si bien perdiendo la rapidez de respuesta que posibilita el procedimiento previsto en la Ley 62/1978.

Como hemos dicho se ha discutido la procedencia de mantener dicho sistema, calificado por algunos de artificioso, y no se puede desconocer que eran posibles soluciones diversas, sin embargo, la práctica ha puesto de manifiesto la oportunidad y conveniencia de la doble vía, aunque en muchas ocasiones por motivos puramente prácticos.

Así nadie puede desconocer que la consecuencia inevitable de la limitación de medios o la intencionada o no desidia de quienes tenían a su alcance la posibilidad de hacer funcionar adecuadamente la Administración de la justicia —la Administración siempre preferirán una justicia administrativa colapsada e ineficaz que le permita eludir los controles que la misma conlleva—, ha

provocado en los últimos años una general, que no inevitable, saturación de las Salas de lo Contencioso-Administrativo y un retraso que cuenta por años el tiempo necesario para la resolución de los litigios.

Ante esta situación, la existencia de un procedimiento que permitiera una pronta solución de los litigios en los que estuviera en juego algún derecho fundamental o libertad pública ha de calificarse como positiva —el que acudía a esta vía, veía reducido el tiempo de resolución de la cuestión planteada a un par de meses en lugar, en algunas ocasiones, de años—.

La consecuencia práctica de la doble vía era que, fuera de los supuestos desviados a que más adelante haremos referencia, acudiesen a esta vía quienes tuvieran la convicción de la existencia y posibilidad de prueba de la vulneración constitucional alegada, por lo que ha de estimarse que dicho procedimiento era adecuado y útil al fin perseguido.

En esta situación, desde hace ya más de una década, se ha venido pretendiendo llevar a cabo la reforma del proceso contencioso-administrativo, incluyendo dentro de los procesos especiales regulados por dicha ley, el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales.

Pues bien, a diferencia de los proyectos primitivos —anteproyecto remitido por el Ministerio de Justicia e Interior al Consejo General del Poder Judicial en fecha 16 de diciembre de 1994— en los que se reiteraba que “no podrán hacerse valer en este procedimiento otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiera sido formulado” (art. 113.2), la exposición de motivos de la Ley señala que “... se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente, cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal. La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso —y, por tanto, de la sentencia— de acuerdo con el fundamento común de los procesos contenciosos-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. La ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos”.

De conformidad con ello en el artículo 114.2 se dispone que “podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiera sido formulado” y el artículo 121.2 que “la sentencia estimará el recurso cuando la disposición,

actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo”.

Interpretando dicho precepto CONDE MARTÍN DE HIJAS⁴ sostiene que se sale al paso de una excesiva exclusión del proceso especial de cuestiones de legalidad ordinaria, cuando la infracción de éstas es el medio por el que se produce la vulneración del derecho fundamental, añadiendo que las pretensiones aludidas son todas las que se previene en esos dos preceptos de forma que no es la índole de la pretensión, en la que no existen limitaciones, sino el fin de las mismas lo que cuenta y que el hecho de la inclusión de la desviación de poder dentro de las causas de estimación del recurso, supone un rechazo de la jurisprudencia, que lo viene considerando como una cuestión de legalidad ordinaria, ajena al contenido posible del proceso especial, dejando, no obstante, clara la significación de la infracción del ordenamiento jurídico, como causa de la vulneración del derecho fundamental tutelado.

Lo cierto es que la reforma pretende ampliar el ámbito admisible de la Ley –véase la exposición de motivos–, si bien ello no lo hace con la precisión y claridad que sería conveniente –ver posteriormente el articulado y en concreto los artículos 114 y 121– de forma que habrá de ser la doctrina y jurisprudencia las que centren y delimiten en sus justos términos el referido objeto del proceso.

3.– Valoración del procedimiento previsto en la Ley 62/1978

En primer lugar resulta preciso constatar que conforme señala el artículo 10.1 de la Ley “la tramitación de estos recursos tendrá carácter urgente a todos los efectos orgánicos y procesales”, circunstancia que en la práctica determina la habilidad general de los plazos y posibilita la rápida resolución de los litigios. Si bien se ha dicho que nos encontramos ante un proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad lo cierto es no nos encontramos ante una sumariedad “en sentido propio o cualitativo, sino cuantitativo que no impide la producción de cosa juzgada material, aunque ésta se encuentre limitada por el objeto específico del propio procedimiento que resuelve” (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998).

En la nueva regulación dada por la Ley 29/1998 se dispone que “a todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente” (artículo 144.3).

4. CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente. *El procedimiento contencioso-administrativo. Tribunal sobre la reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas. Madrid. 1997. Pág. 61 y siguientes.

Por lo demás, en cuanto al procedimiento, cabe señalar que en el tiempo transcurrido entre la publicación de la ley y este momento en el que dicho texto, en virtud de la ley 29/1998, pone fin a su vigencia, se han ido poniendo de manifiesto determinadas imperfecciones, ya sea derivadas de su propio contenido o del uso desviado a que ha sido en ocasiones sometido, que ha obligado a introducir mejoras a través de construcciones jurisprudenciales.

El principal problema que ha tenido que resolverse en la práctica ha sido el derivado del uso abusivo del procedimiento con fines ajenos a la protección de los derechos fundamentales.

Para entender el problema suscitado ha de comenzarse recordando que, conforme al artículo 57.1 de la Ley Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956 –ley que resulta de aplicación supletoria al procedimiento previsto en la Ley 62/1978, conforme dispone el artículo 6.1 que dispone que “a falta de previsión especial, de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya aplicación será supletoria–, el recurso administrativo “se iniciará por un escrito reducido a citar el acto por razón del cual se formule y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso –a ello había que añadir el requisito de fijación de cuantía establecido en el artículo 49 LJ en cuanto dispone que “la cuantía del recurso contencioso-administrativo se fijará en el escrito de interposición”–, no existiendo en la LJ de 1956 otro incidente de inadmisión previo a la sentencia definitiva y legalmente regulado, dejando a un lado los supuestos previstos en los artículos 6 y 8 para los casos de falta de jurisdicción o competencia, que el previsto en el artículo 62 que dispone que “el Tribunal, previa reclamación y examen del expediente administrativo, si lo considera necesario, declarará no haber lugar a la admisión”, en los casos concretos que especifica –falta de jurisdicción o competencia, deducirse contra actos referidos en los arts. 39 y 40, no interposición de recurso previo, caducar el plazo de interposición del recurso– y las alegaciones previas –que es posterior a la formalización de la demanda por el actor–.

Pues bien, aunque el proceso regulado en la Ley 62/1978 tiene un ámbito restringido, lo cierto es que en la regulación positiva –normativa de la Ley 62/1978 y LJ de aplicación supletoria– no existe un procedimiento regulado que permita inadmitir un recurso interpuesto –con finalidad desviada o no– por los trámites de la ley especial y que careciera en absoluto de contenido constitucional, beneficiándose de las ventajas propias de este tipo de proceso.

Ante ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, a través de una interpretación teleológica de preceptos generales, introdujo un requisito, no previsto en el artículo 57 de la Ley Jurisdiccional, cuya cumplimentación ha sido más o menos rigurosamente exigida por los Tribunales, exigiendo que el recurrente en el escrito de interposición además de cumplir las exigencias antes referi-

das propias del escrito de interposición del recurso, especificara qué derecho fundamental estimaba vulnerado y asimismo razonara, si bien sucintamente, las razones por las que el acto impugnado vulneraba dicho derecho fundamental —en palabras del auto del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994 “se exige que en el escrito de interposición se defina con una mínima precisión los elementos que constituyan el núcleo esencial de la «causa petendi», que demuestre la viabilidad de la elección del cauce especial y privilegiado”—.

La finalidad de dichas exigencias era la de evitar los abusos que se estaban produciendo, de forma que la consecuencia de la falta de indicación o la inconsistencia manifiesta de contenido constitucional de la vulneración era la apertura de un trámite de inadmisión, en el que con audiencia de partes cabía dictar auto inadmitiendo el recurso.

Con ello el Tribunal controlaba, si bien como veremos de una forma limitada, el verdadero contenido constitucional del proceso, inadmitiendo aquellos recursos que careciesen manifiestamente de contenido constitucional.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1982, de 16 de junio que dispuso:

«La limitación del objeto del proceso especial contencioso-administrativo, regulado en la L 62/1978, da lugar a que sea inadecuado para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales, que se recogen en el art. 53.2 CE. Lo que determina que no pueda admitirse, en efecto, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental. El proceso especial, entre otras ventajas de procedimiento que se conceden al recurrente y que, en gran medida, sólo se justifican por el carácter privilegiado de la protección que el ordenamiento jurídico otorga a los derechos fundamentales, comporta un régimen excepcional de suspensión del acto impugnado, cuyo disfrute no puede, en modo alguno, dejarse al arbitrio del recurrente. La consecuencia a que debe llegarse es la de que la viabilidad del proceso especial debe ser examinada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, partiendo de la facultad que les corresponde, con carácter más destacado en un proceso tan ligado al interés público, de velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para cada tipo especial de proceso. Cuando el recurrente en vía contencioso-administrativa acude al procedimiento especial, apartándose de modo manifiesto, claro e irrazonado, de la vía ordinaria, por sostener que existe una lesión de derechos fundamentales, cuando, *prima facie*, pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia puede ser la inadmisión del recurso, tal y como viene declarando reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

En el mismo sentido la STC 31/1984, de 7 de marzo, con relación al tema que estamos examinando señalaba:

«Otra cuestión es si la elección del tipo procesal —y, por tanto, la elección del proceso específico— pertenece a la disponibilidad de la parte accionante, o si en esta elección de procesos, el Tribunal *ex officio* o a instancia de parte o del M.º Fiscal, ostenta alguna facultad ejercitable *ab initio* evitadora de una indebida y hasta fraudulenta utilización de los instrumentos procesales. No puede ofrecer duda que entre los poderes del Tribunal se comprenden, en general, el disentir del trámite solicitado por el accionante y ordenar que se utilice el que corresponda, o dirigir a éste, al inadecuadamente abierto, pues a esta conclusión es forzoso llegar partiendo de la naturaleza de la institución procesal. Corresponde a los poderes, y a las responsabilidades del Tribunal, constatar si, en principio, la pretensión que se anuncia y cuyos elementos indispensables configuradores de la pretensión a estos efectos deben ofrecerse en el escrito inicial del recurso, es de aquéllas para las que está previsto el tipo procesal especial.

Si contra un acto se interpone el recurso contencioso-administrativo según la especialidad de la L 62/1978 y la violación que se invoca, como configuradora de la pretensión, es la de derechos comprendidos en la remisión que hace el art. 53.2 CE, el Tribunal tendrá que dar al recurso —promovido por la indicada vía específica— el curso que dispone aquella Ley, sin prejuzgar, en tal momento, a través de una decisión de inadecuación del procedimiento, lo que respecto al fundamento de la pretensión sólo la sentencia puede decidir. Por supuesto, que las solas invocaciones pro-forma carentes de todo contenido, o la sola petición de que al proceso se le dé el curso de la L 62/1978 sin revelar unos mínimos indispensables a los efectos del curso procesal, justificarán —y aún obligarán— que el Tribunal, velando por el recto uso de los instrumentos procesales, con la necesaria contradicción, preserve el proceso especial para lo que imponen sus notas de especificidad, preferencia o sumariedad (...)

TERCERO.— Si, como hemos dicho, la elección del tipo de proceso especial ha de estar asentada en el ejercicio de una pretensión dirigida al reconocimiento del derecho o libertad y, en su caso, al restablecimiento en la integridad de ese derecho o libertad, se impone como necesario que ya en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se defina con la precisión suficiente a los efectos de una primera constatación de la viabilidad procesal del proceso al que ha acudido el demandante, los elementos que son con la identificación del acto que se reputa lesivo, y la Administración Pública de la que procede, los que constituyendo con aquel el núcleo indispensable de la *causa petendi*, constaten que la pretensión se hace valer en razón a actos que se reputen infringen el derecho fundamental cuyo reconocimiento y preservación se pretende a través del indicado proceso, configuración que, de un lado, acotará desde la perspectiva del recurrente, el contenido del proceso sumario y preferente, y excluirá, de otro lado, la utilización indebida de tal tipo procesal para objetos ajenos al definido de los derechos o libertades fundamentales».

La importancia de esta construcción jurisprudencial es evidente, si bien no puede desconocerse que en ocasiones la misma era eludida a través de ale-

gaciones injustificadas o complejas construcciones que en dicho primer trámite no era posible discernir —el posterior período alegatorio y probatorio ponía de manifiesto su inconsistencia— lo cual determinaba, en definitiva, que se diera curso al proceso, con lo que la parte conseguía el fin pretendido.

Evidentemente, y en una interpretación favorecedora del ejercicio de la acción la jurisprudencia venía entendiendo que la subsanación de la imprecisión inicial en el incidente de inadmisión —con indicación del derecho y sucinta fundamentación de las razones por las que se estimaba vulnerado—, determinaba dentro de la virtualidad sanatoria que inspira las ordenaciones de los procesos contencioso-administrativos, que la insuficiencia del escrito inicial quedase completada (STC 31/1984, de 7 de marzo).

En la actualidad la Ley 29/1998 ha venido a recoger estas aportaciones jurisprudenciales señalando el artículo 115.2 que “en el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso, y en el artículo 117 lo que sigue “1. Recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión y, en su caso, el del emplazamiento de los demás interesados, el órgano jurisdiccional, dentro del siguiente día, dictará auto mandando seguir las actuaciones o comunicará a las partes el motivo en que pudiera fundarse la inadmisión del procedimiento. 2. En el supuesto de posibles motivos de inadmisión del procedimiento se convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia, que habrá de tener lugar antes de transcurrir cinco días, en que se les oír sobre la procedencia de dar al recurso la tramitación prevista en este capítulo. 3. En el siguiente día, el órgano jurisdiccional dictará auto mandando proseguir las actuaciones por este trámite o acordando su inadmisión por inadecuación del procedimiento”.

Dejando aparte la anterior cuestión el examen del procedimiento pone de manifiesto una reducción y unificación de plazos y trámites necesarios para obtener la finalidad pretendida de constituir un proceso en el que pudieran ventilarse de forma rápida las pretensiones constitucionales, sin que la reducción y unificación de plazos suponga un quebranto a las partes que tenían a sus disposición trámites eficaces de alegación y prueba.

Cierta dificultad la planteaba la inexistencia de un trámite de vista o conclusiones en el supuesto de que frente a las pretensiones de la parte recurrente por la Administración demandada, codemandados, coadyuvantes o Ministerio Fiscal se hiciera valer una causa de inadmisibilidad. En dicho supuesto, al igual que cuando se daba dicha circunstancia en los procesos seguidos por los trámites del procedimiento especial en materia de personal, se venía entendiendo la necesidad de dar traslado de la causa de inadmisibilidad a la parte

recurrente, para evitar una situación de indefensión, que por el Tribunal Constitucional se justificaba, si bien refiriéndose a los procedimientos especiales en materia de personal, con los siguientes argumentos en sus Sentencias 201/1987, de 12 de diciembre y 53/1992, de 8 de abril:

«Es cierto que la tramitación seguida fue la del proceso especial sumario y concentrado que en materia de personal establecen los arts. 113 y ss. LJCA, en el que el art. 116, sólo para los motivos de inadmisión subsanables del art. 129 establece expresamente el traslado de la contestación a la demanda; pero, teniendo en cuenta que en dicho procedimiento no existe, como en el ordinario, ulterior posibilidad de audiencia de las partes, también cuando sean subsanables las causas de inadmisión aludidas en la contestación, una interpretación de la integración de sus especialidades procedimentales con la regulación del Cap. I de la Ley, según dispone el citado art. 113, que sea acorde con los postulados de los derechos de tutela judicial y de defensa (art. 24.1 CE), debe comportar la habilitación, en todo caso, de la oportunidad de alegaciones sobre las mismas, aplicando el mismo principio de contradicción que inspira el art. 62.2 LJCA».

Ninguna previsión se contiene en la Ley 29/1998 sobre esta cuestión pero no parece compleja la solución a dar a cada caso concreto.

Dejando lo anterior, si algún trámite o institución dentro de la regulación prevista en la Ley 62/1978 ha tenido importancia ese ha sido el de la suspensión de la ejecutividad.

En el proceso ordinario era de aplicación el artículo 122 LJ que disponía que “procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”, precepto completado por la jurisprudencia que como regla general ha venido poniendo de manifiesto que si bien el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional sólo recoge como causa determinante para acordar o denegar la suspensión del acto administrativo, el que la ejecución del mismo hubiera de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, lo cierto es que junto a dicho criterio suspensivo ha de tenerse en cuenta otro, de significación absolutamente prioritaria y trascendental, que, sin embargo, no aparece explicitado en el texto del referido precepto sino en la Exposición de Motivos de la Ley, conforme a la cual, es preciso ponderar ante todo la medida en que el interés público exija la ejecución, apreciando así el grado en que dicho interés esté en juego. Así, interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, eran, pues, los dos conceptos que, en principio, armonizados determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión, de forma que el concepto jurídico indeterminado expresamente recogido en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional ha de valorarse, en cada caso, en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa, y, por tanto, cuando las exigencias de ejecución que el interés público

presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución.

A dicha regla general habría que añadir, la incidencia en la decisión como causa de suspensión del supuesto de nulidad de pleno derecho, la doctrina del *fumus boni iuris*, la especialidad —introducida por vía jurisprudencial— en materia tributaria, las peculiaridades de los actos negativos, ya ejecutados, etc.

Por el contrario, en el proceso previsto por la Ley 62/1978, la regla general es la de la suspensión “la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general”.

La diferencia es esencial en cuanto se altera la regla general, ya que se pasa de la excepcionalidad en el proceso ordinario a la regla general y ello determinaba que mientras en el proceso ordinario el solicitante debía probar la existencia de los daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, la causa de nulidad, la existencia del *fumus boni iuris*, etc., en el supuesto de la Ley 62/1978, sea la Administración demandada o parte demandada la que deba acreditar la existencia o posibilidad de perjuicio al interés general, que además podrá ser apreciada por el tribunal.

Hasta tal punto se erige la suspensión como un punto de interés de este procedimiento que ha de considerarse como la causa principal de su utilización desviada.

Así no ha sido extraño a la práctica cotidiana el observar como se acudía a este procedimiento invocando intencionadamente vulneraciones de derechos fundamentales absolutamente inexistentes con la única finalidad de obtener una decisión suspensiva rápida y segura y ello aun a sabiendas de que la solución final del proceso sería desestimatoria, lo cual determinó la introducción del trámite de inadmisión en los términos antes examinados y la valoración de los intereses en juego a fin de determinar la procedencia de la suspensión, a fin de evitar que por la utilización desviada de este procedimiento se pudiera ocasionar perjuicios al interés general.

El tema de la suspensión era importante que incluso pretensiones con efectivo contenido constitucional eran desistidas tras una decisión —excepcional— denegatoria de la suspensión.

En la actualidad con la Ley 29/1998, desaparece esta especialidad en el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, siéndole de aplicación la normativa general contenida en el capítulo II del título VI bajo la rú-

brica de “medidas cautelares”. Algún autor, como GONZÁLEZ PÉREZ⁵, ha sostenido que si las medidas cautelares se regulan adecuadamente con carácter general, no tendría sentido la regulación especial, no obstante lo que resulta indudable es que la regulación contenida en la ley 29/1998 es más restrictiva en materia de suspensión que la prevista en la ley 62/1978, por lo que la aplicación de la misma al procedimiento de protección jurisdiccional de 105 derechos fundamentales no puede sino calificarse como un retroceso en la defensa de los referidos derechos.

Por último, merecedora de mención por su especialidad e importancia ha sido el tema de las costas —frente al sistema de la LJ se “impondrán las costas a la parte que sostuviere su acción, o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad”, el artículo 10.3 establecía el sistema de vencimiento “las costas se impondrán al recurrente o a la Administración Pública si fueren rechazadas o aceptadas, respectivamente, todas sus pretensiones. En otro caso se seguirán las reglas comunes”—.

Ciertamente nos encontramos ante un tema que no resulta pacífico entre los profesionales que intervienen en esta jurisdicción o, en general, en el ámbito del derecho, sin embargo, no puede tampoco ignorarse que el sistema objetivo de imposición de costas obtiene un mayor criterio de justicia para los ciudadanos que recurren contra los actos de las Administraciones públicas y además ha sido uno de los instrumentos que han cerrado o impedido la instrumentalización de este procedimiento.

El tema de las costas ha sido uno de los que han estado presentes en la mayoría de los foros en los que se ha discutido la reforma del proceso contencioso-administrativo, habiéndose impuesto en la Ley 29/1998 el sistema general de la Ley de 1956 —mala fe o temeridad, con algunos matices—.

Pues bien, lo que no es una innovación fundamental en la ley Jurisdiccional, sin embargo, sí lo supone en los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales, ya que en el mismo se sustituye la especialidad que conllevaba, esto es, la aplicación del sistema del vencimiento, al introducirse el criterio general de temeridad o mala fe.

El propio Tribunal Constitucional, al contemplar el tema de las costas en este proceso tuvo ocasión de aplaudir el criterio al que ahora se pone fin al señalar en su Sentencia 110/1991, de 20 de mayo que:

5. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Civitas, 1998.

«Como ha dicho este Tribunal en su STC 131/8», nuestro ordenamiento jurídico procesal estructura la imposición de costas sobre dos sistemas excluyentes entre sí, aplicando uno u otro a los procesos, según la previsión que la propia Ley establece: el objetivo, conforme al cual las costas se imponen a la parte cuyas pretensiones son desestimadas y el subjetivo que concede al órgano judicial un margen de valoración en relación a la actuación procesal de las partes. "Ninguno de dichos sistemas afecta a la tutela judicial efectiva", tampoco aplicación del sistema objetivo cuando la parte "ejercita las acciones judiciales que resultan desestimadas". Por su parte, la STC 147/89 ha afirmado que el sistema objetivo de imposición de costas, que ha incorporado la L 62/78, tal vez representa un avance y mayor criterio de justicia para los ciudadanos que recurren contra los actos de las Administraciones públicas y sitúa en sus justos términos la imputación de los gastos procesales que se produzcan, pues garantiza al recurrente el resarcimiento automático de esos gastos en caso de que prospere su recurso y sean aceptadas todas sus pretensiones».

Por nuestra parte estimamos que no existe justificación para que el sistema objetivo quiebre en el proceso contencioso, cuando en el civil constituye la regla general, y no es justificación el hecho de que la Administración sea una de las partes intervinientes, ya que la imposición de las costas en algunas ocasiones sería un medio eficaz para impedir decisiones injustificadas que muchas veces no se recurren porque el particular no puede o no está dispuesto a asumir los gastos que el proceso le ocasiona, circunstancia que lamentablemente es conocida por la Administración y puede favorecer prácticas administrativas viciadas.

Se dirá que para eso esta la temeridad y mala fe o la previsión contenida en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 —señala que "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad"—, pero no cabe desconocer la realidad y que, aunque la imposición de costas se va imponiendo, existe una inercia de los Tribunales de lo Contencioso a la no imposición de costas.

Para terminar conviene recordar que para acudir a la Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos es necesario que "se hayan agotado todos los recursos internos de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos" (art. 26 de la Convención Europea de Derechos Humanos), lo cual presupone, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la previa interposición del recurso de amparo que a su vez exige que Use haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución" (artículo 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), agotándose en el presente orden jurisdiccional la vía judicial

previa ya sea acudiendo al proceso administrativo ordinario o al especial previsto en la Ley 62/1978, agotando posteriormente los recursos admisibles⁶.

4.— El recurso contencioso-administrativo de protección del derecho de reunión.

Especial mención merece el recurso contencioso-administrativo de protección del derecho de reunión, regulado en el artículo 7.6 de la ley 62/1978, para el supuesto de prohibición o propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Reguladora del Derecho de Reunión.

En dicho precepto se instituye un proceso especial y diferente al previsto en el ámbito contencioso-administrativo por la ley 62/1978, cuya razón de ser, como tuvo ocasión de señalar CANO MATA⁷, se sustenta en un hecho evidente, cual es, el de que el procedimiento especial que recoge la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, no era el adecuado —pe-se a su celeridad— para la protección de un derecho que, normalmente, se quiere ejercitar en un corto espacio de tiempo, siendo un proceso adecuado —en su configuración— a su finalidad, al estar su absoluta sumariedad justificada por la necesidad de ejercer —sin dilaciones— el derecho de reunión que desee ejercitarse.

La agilidad del referido procedimiento ha hecho incluso afirmar, BORRAJO INIESTA⁸, que este es el único tipo procesal que ha seguido el modelo del proceso de *habeas corpus* y el proceso del *reféré* francés y que su funcionamiento ágil y satisfactorio, "muestra el camino a seguir: abolición de los procesos autónomos de protección de derechos fundamentales, y configuración de un incidente procesal, de carácter cuasi cautelar y posesorio, para determinar el mantenimiento o alteración de las situaciones alegadamente protegidas por derechos fundamentales, sin perjuicio de la posibilidad de proseguir un ulterior juicio declarativo ordinario en caso de disconformidad, por cualquiera de las partes, del pronunciamiento alcanzado".

6. Con relación al sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos ver: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El sistema jurisdiccional de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derechos Humanos*. "Poder Judicial" número especial I y la obra *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos II*. "Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial". Año 1995 número X.

7. CANO MATA, Antonio. *La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de alguna de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria. El control de garantías por el Tribunal Constitucional y otros estudios*. Editoriales de Derecho Reunidas. Pág. 35 y ss.

8. BORRAJO INIESTA, Ignacio. op. cit.

Lo que subyace en la anterior afirmación es el parecer de que la protección de los derechos fundamentales ha de merecer una respuesta inmediata y ciertamente, el procedimiento del artículo 7.6 de la Ley 62/1978 la da, sin embargo debe de señalarse que no es difícil imaginar un proceso que garantice al tiempo la existencia de una respuesta eficaz y con eficacia de cosa juzgada en la materia a que nos estamos refiriendo, con una actividad alegatoria y probatoria plena.

Basta, no obstante, para conseguirlo, como en ocasiones se ha señalado, con instituir un proceso no sujeto a unos trámites rígidos, sino acomodable al diverso grado de complejidad de cada litigio —entre otros, CALVO ROJAS⁹—.

El procedimiento es correcto y eficaz y, en consecuencia es reproducido, casi literalmente en la Ley 29/1998, con sólo ligeras modificaciones, como es la especificación de que el plazo para la interposición del recurso es de cuarenta y ocho horas, la reducción en un día el plazo de puesta de manifiesto del expediente y convocatoria a audiencia, y la precisión de que habrá de convocarse, entre otros, al representante legal de la Administración, en sustitución de la añeja referencia al Abogado del Estado.

III.— LA LEY 62/78 Y EL ÁMBITO PROCESAL PENAL. (SECCIÓN 1.ª)

1.— Panorama procesal en el que surge hasta llegar al día de hoy

Como aviso previo, debe apuntarse que el legislador, en el año 1978, se encontraba ante un marco procedimental que difiere notablemente del actual.

Para el enjuiciamiento de los delitos y faltas contra los derechos fundamentales amparados por el texto de la ley —artículo 1.2 de la misma, así como artículo único del Real Decreto Legislativo 342/79, de 20 de febrero y Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto (artículo 13)—, se parte, como *principio general*, de la aplicación de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal —artículo 2. apartado 2.º—. Dicha declaración general, en aquella época, suponía remitirse, en cuanto a procedimientos generales, al sumario ordinario —libro II y III—, a las diligencias preparatorias, cuya instrucción, conocimiento y fallo se atribuía a los Jueces de Instrucción —capítulos I y II del título III del libro IV—, al llamado sumario de urgencia, que determinaba la competencia, en fase sumarial, del Juez de Instrucción, y la de la Audiencia Provin-

9. CALVO ROJAS, Eduardo. *¿Un nuevo proceso contencioso-administrativo? El procedimiento especial de protección de derechos fundamentales amparo judicial*. "Consejo General del Poder Judicial". Año 1989, número especial XV, pág. 137 y siguientes.

cial, una vez abierta la fase de juicio oral —capítulos I y III del título III del libro IV—, así como al juicio de faltas —Libro VI—.

Asimismo, el apartado 3.º del artículo 2, establece una *especialidad*. Así, respecto de delitos cuyo conocimiento y fallo correspondía a la Audiencia Provincial, el trámite a seguir vendría dado por el sumario de urgencia. Establecía, en este caso, dos particularidades nacidas de un testimonial interés en dar celeridad a estos procedimientos —sobre planteamiento y resolución de los artículos de previo pronunciamiento, así como respecto al plazo de instrucción y calificación—.

En tercer lugar, como *particularidad*, en lo referente a los delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares, el artículo 3, apartado 1.º, determina la necesidad de seguir los trámites señalados en el título V del libro IV, con las dos particularidades ya descritas en el párrafo anterior. Lo anterior, suponía atender a determinadas especialidades en la fase sumarial, con remisión en lo restante a las normas del sumario ordinario artículos 626 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—.

En el año 1980, la Ley Orgánica de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes, crea un nuevo procedimiento atribuido a los Jueces de Instrucción.

Pero es la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, la que, con la creación del procedimiento abreviado, establece un nuevo marco procesal que viene a unificar los tres anteriores por delitos menos graves —diligencias preparatorias, sumario de urgencia y el de la L.O. 10/80—, y que conserva su vigencia en la actualidad.

La reforma de 1988, comenzó a plantear problemas de interpretación del marco procedimental de los delitos de calumnias e injurias. En este sentido, la doctrina y los Juzgados y Tribunales se dividieron a la hora de entender si las particularidades de los Títulos IV y V del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal propiciaban que dichos delitos debían enmarcarse en el ámbito del sumario ordinario o del procedimiento abreviado. Ello tenía una importantísima consecuencia práctica sobre la competencia para el fallo de estos delitos —Juez de lo Penal o Audiencia Provincial— y, por tanto, sobre recursos procedentes contra sus sentencias. Se elaboraron doctrinas con sólidos argumentos en uno y otro sentido. Y es la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencias de 24 de enero de 1994 (ponente Puerta Luis) y de 3 de mayo del mismo año (ponente Ruiz Vadillo), la que va a fijar un punto de inflexión en favor del procedimiento abreviado, con vigencia de las particularidades del correspondiente procedimiento especial. Para ello, dichas resoluciones se basan esencialmente en el contenido del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Cri-

minal, dando una interpretación armónica del primer inciso del artículo 779. La Fiscalía General del Estado, en su consulta 2/1994, de 28 de noviembre, asume la posición del Tribunal Supremo. En concreto, entiende con criterio integrador, respecto de las calumnias e injurias verbales, que el trámite de juicio verbal había de contemplarse en el momento procesal inmediatamente anterior a la resolución a que se refiere el artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, viene a completar el marco procedimental vigente en lo que afecta a la protección de derechos fundamentales regulados por la ley 62/78 –artículo 1.2.d), en relación con los artículos 202 y 204 del Código Penal de 1995–.

2.– Particularidades que contempla la ley 62/78

1.– Hay que destacar en primer lugar, la indicación contenida en el artículo 5, relativa a la tramitación urgente y preferente de estos procedimientos.

2.– El apartado 2 del artículo 3.

Conforme dicho precepto, tratándose de delitos cometidos a través de imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares, el Juez, al iniciar el procedimiento, puede acordar *el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio* a través del cual se produjo la actividad delictiva. Establece, contra dicha resolución, un recurso de apelación directo, a resolver en el plazo de 5 días. Esta disposición supone modificar el sistema de preceptivo secuestro que refleja el párrafo primero del artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.– El artículo 4 de la ley, introdujo novedades que *simplifican* los requisitos de perseguibilidad de los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de los medios a que se refiere el apartado 1.º del artículo 3.

El apartado 1 del artículo 4, en su texto literal, sin embargo planteaba un delicado problema interpretativo inicial, al relacionar esos delitos con los medios enumerados en el apartado 1.º del artículo 3, y poner en conexión lo anterior con el antiguo artículo 463 del Código Penal de 1973. En este sentido, se discutió si afectaba el artículo 4 a todos los delitos de calumnias e injurias cometidos en el marco más amplio del artículo 463 del Código Penal, o solamente a los realizados a través de los medios enumerados en el artículo 3.1. El vigente artículo 211 del código penal claramente resuelve la cuestión en favor de la última de las soluciones.

Hay que destacar en este tipo de delitos, que basta para la incoación del procedimiento la presentación de denuncia, frente a la genérica exigencia de

querella en el resto de los delitos de calumnias e injurias –artículo 467 párrafo 3 del Código Penal de 1973 y 215.1 del texto de 1995–. Hay que matizar, que este último precepto aporta la novedad de exigir solamente denuncia cuando se trata de ofensas dirigidas contra funcionarios públicos, autoridades o agentes de la autoridad, sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

Igualmente, el apartado 1 del artículo 4, en los delitos de calumnias e injurias a que se refiere el artículo 3.1 de la Ley 62/78, ha suprimido la exigencia previa de acto de conciliación a que se refieren los artículos 278 y 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Llama la atención, que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 –ley 34/84–, que suprimió el carácter preceptivo del acto de conciliación en el proceso civil, no fuera aprovechada para suprimirlo también de la esfera del proceso penal, toda vez que su exigencia supone un nuevo escollo a la tutela del derecho al honor.

4.– Una cuestión conexas con lo que estamos tratando, es la relativa a la *intervención del Ministerio Fiscal* en procedimientos por delitos de injurias o calumnias. Así, habrá que distinguir entre los no regulados en la Ley 62/78, respecto de los que no son parte y su intervención, salvo en supuestos excepcionales como los contemplados en el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico –Ley 50/81–, ha de quedar limitada a momentos muy concretos en los que se puedan suscitar cuestiones que vayan más allá del estricto carácter de estos delitos privados –así, sin ánimo de exhaustividad, cuestiones de competencia, ejecución de penas–. Por su parte, en los delitos de calumnias e injurias a que se refiere la Ley 62/78, son parte inexcusable, si bien, con respeto al carácter privado de estos delitos y asumiendo una función que resulte de la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto –derecho al honor y libertades de expresión e información–.

3.– A modo de despedida de este apartado

Con la Ley 62/78, en cuanto al ámbito que nos ocupa, no se intentó establecer un procedimiento sumario de protección de los derechos fundamentales amparados por la misma. De forma parcial y deslavazada, se apuntaron detalles de celeridad de muy escasa relevancia. Por lo tanto, resulta una mención, no exenta de ligereza, la que se contiene en el artículo 5 de la misma: fijar una duración –desde la incoación del procedimiento hasta sentencia– que no exceda de 60 días, respecto de las causas a que se refiere el artículo 2, y de 45 días, con relación a las del artículo 3. No puede olvidarse que, cuando se ha considerado indispensable, sí que se ha actuado en consecuencia –así, la Ley Orgánica 6/84, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento especial de *habeas corpus*, en desarrollo del artículo 17.4 de la Constitución–.

Hay que destacar, en íntima relación con lo que se acaba de apuntar, que la mención legal sobre la tramitación preferente de este tipo de procedimientos carece de reflejo en la práctica de los Juzgados y Tribunales. En este sentido, el criterio básico de celeridad viene indicado en la mayor parte de las ocasiones por la situación de privación de libertad en que pueda encontrarse el imputado —artículo 504, párrafo 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—.

Dicho lo anterior, la problemática que puede plantear la tutela penal de los derechos fundamentales no puede ser objeto de una solución o tratamiento aislado, sino que se ha de poner en relación con los procedimientos existentes y un análisis sincero de su eficacia. No deberíamos caer en la tentación de apuntar procedimientos nuevos que puedan generar una ilusión inicial de modernidad, pero que se han de encajar en un engranaje pesado y lento como es el de la Administración, en general, y el de la Administración de Justicia, en particular. Bastante ejemplo tenemos con instituciones nuevas que han surgido con el actual Código Penal —penas de multa, trabajos en beneficio de la comunidad, arrestos de fin de semana—, cuya aplicación y ejecución práctica nos plantea diariamente verdaderos conflictos que se vienen solucionando con importantes dosis de voluntarismo.

A lo anterior debemos añadir que resulta innecesario crear procedimientos específicamente relacionados con los derechos fundamentales en esta vía penal. La verdadera necesidad consiste, sin distinguir inicialmente por razón del bien jurídico protegido, en dar una respuesta razonable y rápida al conflicto surgido. Así, el ámbito penal se reserva, al menos desde un punto de vista teórico, a aquellos hechos que merecen una reacción más severa de la sociedad frente a los mismos. Ante esta situación, no debe primarse un delito sobre otro; en su caso, hay que atender a la víctima y sus necesidades, restableciendo lo más rápido posible la situación creada por el delito.

Nuestro sistema procesal no puede cambiar, sin embargo, si no desaparecen ciertos principios inspiradores que lo han hecho lento y parsimonioso desde 1882, así como dotado de un garantismo poco práctico. Así, la actuación instructora debería estar orientada, de manera decidida, hacia lo mínimo indispensable para poder celebrarse el correspondiente juicio oral. Como en el Juicio de Faltas, de ser posible, bastaría con una denuncia inicial con visos de infracción penal y con un traslado a las partes acusadoras en el que mostrarán, sin mayores requisitos, intención de acusación y por tanto, de que se prosiguiera la tramitación, con apertura del juicio. Por tanto, el principio de concentración de pruebas, acusaciones y defensas, que no tiene que significar insuficiencia de garantías para el inculpado, debería abrirse paso con decisión.

IV.— LA LEY 62/78 Y EL ÁMBITO PROCESAL CIVIL (SECCIÓN 3.ª)

1.— Ámbito de aplicación y procedimiento a que se remite

La vía procesal civil se incorpora por el legislador como un mecanismo subsidiario y residual —artículo 11— de garantía de los derechos fundamentales tutelados —artículo 1.2 de la ley 62/78, así como artículo único del Real Decreto Legislativo 342/79, de 20 de febrero, y Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto (artículo 13)—.

Se opta por el procedimiento de los incidentes para la tramitación de las pretensiones que se formulen —artículo 13—. A los incidentes se ha remitido el legislador en otras ocasiones — la Ley de Enjuiciamiento Civil, en impugnaciones de tasaciones de costas, en diligencias preliminares, en el juicio de abintestato, en el concurso de acreedores, en el procedimiento de apremio, el retracto, recurso de revisión; la Ley Hipotecaria, así como la Ley de Suspensión de Pagos, también regulan remisiones a los incidentes—. Destaca dicha tramitación, por su importancia práctica, en los procedimientos contenciosos de familia —Disposición Adicional QUINTA de la Ley 30/81, de 7 de julio, así como 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la oposición al Auto de medidas provisionales—.

La indicación del procedimiento incidental va acompañada de tres especialidades incorporadas por razones de celeridad —plazo común de contestación a la demandada, supresión de período extraordinario de prueba y plazo máximo para celebración de la vista— y que dejan sin efecto disposiciones contenidas en los artículos 749, 754 y 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De igual modo, la tramitación del recurso de apelación —artículo 15.1— se intenta acelerar con matizaciones sobre plazo de pruebas y vista, modificando previsiones de los artículos 895 y 898 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A diferencia de lo que se señalaba en la sección 1.ª de la Ley, en el ámbito civil no hay referencias a la preferencia y urgencia en la tramitación del proceso.

Hay que destacar la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal, incluso como potencial demandante —artículo 12—, así como la figura que contempla del coadyuvante del demandante o del demandado —artículo 12.2 y 14.3—.

2.— Legislación posterior a tener en cuenta

Dos son las referencias básicas, y que afectan a los *derechos al honor a la intimidad personal y familiar, así como a la propia imagen*.

1.— En primer lugar, la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo. La misma, con una regulación muy importante de carácter sustantivo, aborda además cuestiones procesales de interés. Afectan éstas, en primer lugar, a la legitimación activa en caso de ataques a persona fallecida o que fallezca sin haber ejercitado la acción correspondiente —artículos 4 a 6—.

Asimismo, como procedimientos civiles ordinarios de protección de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, remite al juicio de menor cuantía (artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y al procedimiento incidental, éste último, hasta que no se regule el procedimiento a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución —artículos 9.1 y Disposición Transitoria SEGUNDA de la L.O. 1/82—.

Hay que destacar la posibilidad de adopción, una vez incoado el expediente judicial, de medidas cautelares de cese de la intromisión ilegítima, así como de prevención o impedimento de intromisiones ulteriores —artículo 9.2—. La ley no cierra el abanico de estos medios de protección del perjudicado.

Por último, destacar la fijación de un plazo de caducidad de la acción de cuatro años, a contar desde que ésta pudo ejercitarse —artículo 9.5—.

La Ley Orgánica 3/85, de 29 de mayo, fijó en su artículo único una modificación de la Ley Orgánica 1/82, destacando el requisitos de previa autorización del Congreso de Diputados o el Senado, en lo referente a causas contra Diputados o Senadores por expresiones efectuadas en conexión con sus funciones parlamentarias pero fuera de la sede de la cámara respectiva.

2.— La Ley Orgánica 2/84, de 26 de marzo, reguladora del *derecho de rectificación*. Se establece un procedimiento extrajudicial y, en caso de no prosperar, una tramitación muy breve del expediente en el Juzgado. Cabe destacar la no necesidad de abogado y procurador para el demandante —artículo 5.1—, la convocatoria rápida a juicio verbal —artículo 5.2—, así como la apertura de un período probatorio limitado a lo que pueda practicarse en el acto del juicio, dictándose sentencia el mismo día del juicio o al siguiente —artículo 6—.

3.— La Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, sobre Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, con derogación de la Disposición Transitoria PRIMERA de la Ley Orgánica 1/82, en su artículo 17, señala que en caso de actuaciones contrarias a lo dispuesto en dicha ley, en caso de ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

3.— Acción civil y acción penal en los procedimientos sobre el honor

De forma consolidada, el Tribunal Supremo, como sea que nos encontramos ante hechos no perseguibles de oficio, sostiene que, junto a una posibili-

dad de un ejercicio conjunto de la acción civil en el procedimiento penal por este tipo de delitos —artículo 112, párrafo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, pueda ejercitarse la acción civil aunque no se haya resuelto la penal, o ejercitarse únicamente la acción civil, aunque el hecho fuera objetivamente constitutivo de infracción penal, produciéndose la extinción de la acción penal —artículo 112, párrafo 2.º—. Con ello, aclara una posible interpretación contraria derivada del contenido del artículo 1, apartado 2.º de la Ley Orgánica 1/82 (sentencias de 22 de octubre de 1987 —Ponente, Burgos y Pérez de Andrade— de 11 de octubre de 1988 —ponente, Malpica González Elípe—, así como las de 28 de octubre de 1986, 4 de noviembre de 1986 y 23 de marzo de 1987).

4.— Conclusiones

La elección del procedimiento incidental, para dilucidar las pretensiones civiles por vulneración de derechos amparados por la Ley 62/78, no puede defenderse que se haya efectuado en busca de celeridad. En este sentido, tanto el juicio verbal como el de cognición, al no contemplar un trámite de conclusiones o vista —a diferencia del artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, abrirían una tramitación más breve. Cabe mencionar, una vez más, el carácter meramente testimonial de las simplificaciones procedimentales fijadas en el artículo 13.

La vulneración de los derechos garantizados por la ley no plantea intrincadas exposiciones de hechos y de prueba; lo esencial en dichos procesos radica en ponderar si ha existido vulneración de derechos fundamentales. Por lo tanto, bastaría con una remisión genérica al juicio verbal, como procedimiento tipo en este tipo de asuntos. Debe, por tanto, darse el reconocimiento que merece a la Ley Orgánica 2184.

En consonancia con lo anterior, es desafortunada la remisión implícita al juicio de menor cuantía del artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/82, como alternativa al procedimiento incidental.

Los litigios que afectan al honor, intimidad y propia imagen son los que mayor incidencia tienen en la práctica judicial. A mucha distancia, los tribunales han tenido que resolver sobre pretensiones relacionadas con el derecho de asociación expulsiones de componentes de asociaciones o de integrantes de partidos políticos o sindicatos —sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1989, 16 de diciembre de 1991, 24 de marzo de 1992, 26 de octubre de 1995, 13 de junio de 1996—.

Todos estos procedimientos civiles merecen una tramitación preferente y diferenciada de la gran mayoría de los que se ventilan en el ámbito civil. Así, cualquier reclamación sobre el derecho al honor o la intimidad o propia imagen, en una sociedad en que la opinión publicada o las noticias difundidas por los medios de comunicación gozan de una presunción social de veracidad, en poco resarce al perjudicado si no obtiene una respuesta judicial próxima en el tiempo.