

LA RECUPERACIÓ DEL DRET PROCESSAL CATALÀ. POSSIBILITATS CONSTITUCIONALS DE DESENVOLUPAMENT¹

Jordi Nieva Fenoll

*Professor titular de dret processal
Universitat de Barcelona*

1. INTRODUCCIÓ

Havien passat molts anys des que l'últim legislador català va crear la seva darrera norma jurídica processal. El darrer legislador català que va emetre normes processals abans de la Constitució de 1978 va ser el Parlament Català de la II República, en el breu temps en què va existir. Abans d'aquest període històric, s'ha de recordar que, des del Decret de Nova Planta de 1716,² el poder legislatiu català es va suprimir globalment, és a dir, per a la legislació processal i per a qualsevol altra legislació.³ El capítol 41 del Decret semblava respectuós amb l'ordenament català, ja que deia literalment que «en todo lo demás que no esté previsto en los capítulos precedentes de este decreto, se observen las constituciones que antes había en Cataluña; entendiéndose, que son de nuevo establecidas por este decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual

1. Una primera versió d'aquest treball va ser guardonada amb el Premi Justifòrum (edició de l'any 2003) que concedeix el Centre d'Estudis Jurídics i de Formació especialitzada del Departament de Justícia i Interior de la Generalitat de Catalunya (primer premi, modalitat B [L'Administració de justícia i el dret propi de Catalunya]). Resolució JUI/2783/2003, de 4 de setembre, DOGC núm. 3972, de 22 de setembre de 2003.

2. El Decret de Nova Planta té data per a Catalunya de 9 d'octubre de 1715, però la Real Cédula mitjançant la qual es va comunicar és de 16 de gener de 1716.

3. És obligatòria la lectura detallada, sobre aquesta matèria, de Ferran BADOSA COLL, «El canvi de règim arran del "Decreto de Nueva Planta"», a Ferran BADOSA COLL, *Compendi de dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 17 i seg., esp. p. 24 i 25.

mandado en él». Nogensmenys, cal tenir present que pràcticament tot el Decret de Nova Planta es va dedicar a reformar l'organització jurisdiccional⁴ i diverses matèries processals, com indica el seu propi nom. En aquestes condicions, limitant la qüestió a la jurisdicció contenciosa, tot i que, de fet, restava en vigor el dret català, potser només van quedar pràcticament íntegres⁵ el procediment civil de primera instància i l'execució, i, en certa manera, el dret probatori català en el procés penal.⁶ La resta de matèries es veuen afectades decisivament d'una manera o altra per diversos punts del Decret.⁷

I, a més, un cop dit això, s'ha de recordar que el rei s'havia assegurat el monopoli de la creació del dret sense les influències de les antigues corts, suprimides per les noves institucions proclamades en el Decret.⁸ La manca de fonts

4. Álvaro Gómez Becerra, ministre de Justícia entre el 29 de setembre de 1835 i el 15 de maig de 1836, ho expressava amb les paraules següents, que han quedat recollides en una «memoria» privada escrita el 1836, que va ser trobada després de la seva mort (1855) i va ser publicada a la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)* núm. 48 (1876), p. 117: «En la Corona de Aragon desaparecieron los Tribunales antiguos y se establecieron las Audiencias de Zaragoza, Barcelona y Valencia bajo el principio del derecho de conquista, por consecuencia de la guerra de sucesion á principios del siglo XVIII.»

5. Decret de Nova Planta, cap. 6: «Y porque puede la malicia de los litigantes procurar la dilación de los pleytos; mando, que los términos de prueba y otros puedan limitarse o ceñirse, según cada una de las Salas juzgare ser justo; porque su fin ha de ser evitar calumnias, y administrar justicia con la mayor brevedad y satisfacción de las partes.»

6. Decret de Nova Planta, cap. 27: «Se impondrán las penas y se estimarán las probanzas, según las constituciones y práctica que había antes en Cataluña; y si sobre esto ocurriere a la Sala criminal alguna cosa que necesite de reformación, se me consultará: se proseguirán las causas contra reos ausentes, y si sobre el modo de substanciarlas y execución de las penas tuviere algún reparo la Sala, se consultará.»

7. El Decret, com dic, afecta amb vocació reformadora les matèries processals més variades. Prescindint ara de les qüestions més directament orgàniques, cap. 2: repartiment; cap. 3: recursos; cap. 4, 5 i 14: llengua oficial i horari d'audiència i de diligències; cap. 6: duració dels períodes probatoris i dilacions indegudes; cap. 7: taxes processals; cap. 11: dies hàbils; cap. 12: deliberació i votació de sentències; cap. 15 i 27: incoació del procediment, mesures cautelars, períodes probatoris i manteniment del dret català sobre la pràctica de la prova i la imposició de penes, procediment contra reus absents i principi d'igualtat, tot en el procés penal; cap. 17: recursos, efecte suspensiu i execució de sentències en el procés penal; cap. 18 i 21: competència dels jutges penals; cap. 36: manteniment del canceller de competències i recursos en matèria eclesiàstica.

Totes aquestes dades, que permeten afirmar la vigència, tot i que limitada, del dret processal català anterior al Decret de Nova Planta, són confirmades per Pedro Nolasco VIVES Y CEBRIÀ, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados ó no son notoriamente inútiles*, Barcelona, Imprenta de J. Verdager, 1832; al procés penal, en canvi, només hi dedica una atenció marginal, que contrasta amb la profusió de matèries de dret processal civil que estudia.

8. Vegeu, sobre això, Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho: Una historia del derecho español*, Barcelona, Gráficas Sigro, 1987, p. 729; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de*

pròpies de creació del dret català va fer que aquest s'anés fossilitzant de mica en mica i quedés cada vegada més influenciat pel dret que el rei emetia per a tot l'Estat, sense distincions territorials. Finalment, al cap de poc més de cent anys, el *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia*, de 26 de setembre de 1835,⁹ en l'article 4¹⁰ va donar el cop de gràcia a la legislació processal autòctona i va suprimir-la sense més ni més.¹¹ Des d'aleshores fins després de 1978 —llevat del parèntesi esmentat de la Segona República—,¹² a Catalunya no es va

historia del derecho español, Madrid, Tecnos, 1986, p. 375. Vegeu, a més, el punt 37 del Decret: «Todos los demás oficios que había antes en el Principado, temporales, perpetuos, y todos los comunes, no expresados en este mi Real Decreto, quedan suprimidos y extinguidos; y lo que a ellos estaba encomendado, si fuere perteneciente a Justicia o Gobierno, correrá en adelante a cargo de la Audiencia; y si fuere perteneciente a Rentas y Hacienda, ha de quedar a cargo del Intendente, u de persona o personas que yo diputase para ello.»

9. Edició compilada per Josep Maria de NIEVA, *Decretos de la Reina nuestra Señora Doña Isabel II, dados en su Real Nombre por su Augusta Madre la Reina Gobernadora*, vol. XX, Madrid, Imprenta Real, 1836 [també coneguda com «Colección de Decretos»]. També es pot trobar a D. F. S. (Francisco Santpons), *Nuevo manual de práctica forense*, 2a ed., Barcelona, Imprenta de F. Vallés, 1835, p. 95 i seg. L'autor del *Reglamento* va ser José María Calatrava Peinado. Vegeu MINISTERIO DE JUSTICIA, COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (amb la col·laboració de Juan Francisco Lasso Gaité), *Crónica de la codificación española*, tom III, Madrid, 1970, p. 74, nota 2.

10. «En la sustanciación de los negocios civiles y criminales, deberán también todos los jueces, bajo su responsabilidad, observar y hacer que se observen con toda exactitud los sencillos trámites y demás disposiciones que las leyes recopiladas prescriben para cada instancia, según la clase del juicio ó del recurso, sin dar lugar á que por su inobservancia se prolonguen y compliquen los procedimientos ó se causen indebidos gastos á las partes; sobre lo cual en adelante no podrá servir de excusa á los jueces ninguna práctica contraria á ley.» Quan l'article parla de les «leyes recopiladas», s'està referint a l'última recopilació, és a dir, la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. Vegeu, també, l'article 48. De fet, s'estava complint tot el que havia previst la Constitució de 1812 en l'article 244, que disposava: «Las leyes señalarán el órden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales, y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas.» Així ho confirma Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la Codificación al terminar el Reinado de Doña Isabel II», *RGLJ*, núm. 39 (1871), p. 285. Vegeu també Álvaro GÓMEZ BECERRA, *Memoria*, p. 117 i 121, i Marta LORENTE, «Reglamento provisional y Administración de justicia (1833-1838)», a Johannes-Michael SCHOLZ (ed.), *El tercer poder*, Frankfurt am Main, 1992, p. 281 i seg.

11. A més, tot i que, com hem vist, la voluntat inicial del *Reglamento* era que deixessin d'estar en vigor lleis antigues i desactualitzades, sorprèn que en lloc seu s'imposin les normes de la *Novísima Recopilación*, atès que tota la doctrina ha coincidit a destacar que aquesta recopilació era fragmentària i incompleta, i que va incloure lleis derogades i va oblidar compilar lleis vigents. Vegeu Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho: Una historia del derecho español*, Barcelona, Gráficas Sigro, 1987, p. 735.

12. Vegeu Josep Oriol ANGUERA DE SOJO, «La justícia en l'Estatut», a *Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1933, p. 247 i seg.

aplicar mai més, amb suport legal, una norma de dret processal català aprovada a Catalunya.¹³

La situació actual és, en el fons, tributària d'aquests antecedents històrics. I el tenor de l'article 149.1.6 de la Constitució espanyola (CE), que més endavant analitzarem, no és més que un tímid avenç en tota aquesta situació prèvia de negació rotunda d'un dret processal català. No ha d'estranyar, doncs, que amb tots aquests antecedents hagi estat molt complicat legislar des de Catalunya en matèria processal,¹⁴ ja sigui per manca de tradició, ja sigui sovint perquè certes institucions del dret civil català necessiten un procediment que no sempre trobem satisfactòriament reflectit en la Llei d'enjudiciament civil de l'Estat.¹⁵

En aquest treball intentarem fer un seguit de reflexions sobre aquesta situació. Examinarem, en primer terme, les possibilitats que ofereix l'article 149.1.6 CE, així com la legitimitat i l'oportunitat de legislar en matèria processal des de Catalunya. Analitzarem a continuació la jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre aquestes possibilitats, i, finalment, exposarem les normes processals catalanes postconstitucionals i la seva adequació a l'ordenament jurídic vigent. I, en acabar, com a epíleg, assenyalarem molt breument algunes institucions del dret civil català que requereixen un dret processal autònom.

2. EL MARC CONSTITUCIONAL

L'article de la Constitució dedicat a les possibilitats de les comunitats autònomes de legislar en matèria processal ha estat molt poc estudiat.¹⁶ I, de fet, els

13. Vegeu sobre aquesta qüestió, especialment sobre l'aplicació del dret civil (i, per extensió, processal) pel Tribunal Suprem en el període 1877-1889, Esther ARROYO I AMAYUELAS, «Vigència i aplicació del dret a Catalunya: La fixació del dret supletori per la jurisprudència del Tribunal Suprem en el període 1875-1889», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, 1998, p. 360 i seg., esp. p. 379.

14. Rafael GÓMEZ DE MEMBRILLERA, «Algunos aspectos procesales de la revisión de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya (RJC)*, núm. 4 (1972), p. 851-853, destacava la regulació en la Compilació de la capacitat processal de la dona casada, per exemple.

15. Així ho han destacat des de fa molt de temps diferents autors. Vegeu Rafael GÓMEZ DE MEMBRILLERA, «Algunos aspectos procesales», p. 858, o, més recentment, Esther ARROYO I AMAYUELAS, «El benefici de separació de patrimonis en el dret civil català», *RJC*, núm. 3 (2000).

16. José Manuel BUSTO LAGO, «Competencias legislativas de las comunidades autónomas sobre las "necesarias especialidades" procesales que se deriven de su derecho sustantivo propio (Comentario a la STC 127/1999, de 1 de julio)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13 (1999), p. 81 i seg. M. MURILLO GARCÍA-ATANCE, «Algunas consideraciones en torno al concepto de "especiali-

pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre aquesta matèria han estat pocs i, en gran manera, unívocs. L'article 149. CE té la redacció següent:

Article 149

1. L'Estat té competència exclusiva sobre les matèries següents: [...]

6.^a Legislació mercantil, penal i penitenciària; legislació processal, sens perjudici de les especialitats que en aquest ordre es deriven necessàriament de les particularitats del dret substantiu de les Comunitats Autònomes.¹⁷

Deixant de banda, de moment, la jurisprudència del Tribunal Constitucional, el primer que destaca d'aquest precepte és la seva gran ambigüïtat, ja que la idea d'*especialitats processals derivades necessàriament del dret substantiu* pot tenir diverses interpretacions; almenys, tres:

—En primer terme, podríem pensar que el legislador autonòmic ha de seguir sempre la legislació processal estatal, i només quan sigui absolutament inevitable pot fer alguna mena de matisació de caràcter marginal. Lògicament, si aquesta fos la interpretació correcta, les possibilitats de la legislació processal catalana serien molt minses, atès que, en general, podria considerar-se que els procediments de la Llei d'enjudiciament civil poden servir per a defensar qualsevol pretensió.¹⁸

—En segon terme, dins la branca del dret processal, quan es parla d'especialitats, invariablement es pensa en un dels procediments especials que, tot i que no sempre de manera expressa, preveu en diverses ocasions la Llei d'enjudiciament civil per tal d'aconseguir una resolució més ràpida, o més eficaç, d'alguns assumptes,

dad procesal" del artículo 149.1.6 de la Constitución», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, vol. III, núm. 2 (1997), p. 73-80. Manuel ORTELLS RAMOS (amb CÁMARA RUIZ i JUAN SÁNCHEZ), *Derecho procesal: Introducción*, València, Nomos, 2000, p. 391. Luis-Andrés CUCARELLA GALIANA, «Problemas procesales que plantean las leyes autonómicas de parejas de hecho», *Tribunales de Justicia*, 2003, p. 1 i seg.

17. Val a dir que la traducció no és exacta amb la corresponent castellana: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 6º Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.» El canvi de redacció, però, tot i que no ha estat considerat rellevant, és un xic més restrictiu en català, com si les especialitats només poguessin ser les que inevitablement es derivin del dret substantiu català, i no totes les que calguin per a fer efectiu el dret substantiu català, com es desprèn de la versió castellana. Sortosament, ningú no s'ha fixat en aquesta qüestió, que ha de continuar passant desapercibuda.

18. El problema, però, és si, fins i tot seguint aquesta interpretació pràcticament negadora del dret processal autonòmic, és possible que el legislador català optimitzi aquests procediments per tal d'adaptar-los a les necessitats del dret substantiu. Més endavant analitzarem aquest punt.

com ara el procediment de desnonament per manca de pagament.¹⁹ En aquests casos, el que fa el legislador és afegir especialitats al procediment declaratiu ordinari per tal d'adaptar-lo a les necessitats de tutela de cada cas concret.

—En tercer i darrer lloc, quan parlem d'especialitats, també és perfectament possible pensar en un procediment especial com els que estan reconeguts expressament en la Llei d'enjudiciament civil.²⁰ És el que succeeix amb un procediment com ara el d'incapacitació, o el contenciós de divorci. En realitat, es tracta de procediments ordinaris amb especialitats, de la mateixa manera que en el cas anterior, però que el legislador ha decidit agrupar en una única part de la Llei per tal de facilitar-ne l'ús.²¹

Avui, vint-i-cinc anys després de l'aprovació de la Constitució, cal plantejar-se en quina de les tres opcions estava pensant el constituent quan va parlar de les especialitats en matèria processal derivades del dret substantiu. Cal anar, doncs, a la història del precepte i comprovar que la inclusió d'aquest incís en la Constitució es va fer a última hora, perquè no figurava en l'Avantprojecte.²² De fet, es va fer mitjançant una esmena *in voce* del grup Minoria Catalana, esmena

19. Sobre aquestes especialitats, vegeu Jorge NIEVA FENOLL, «Guía para el uso de las especialidades procedimentales de la nueva Ley de enjuiciamiento civil», *Diario La Ley*, núm. 5231 (23-1-2001), o *Justicia*, núm. 1 (2001), p. 65 i seg.; Marien AGUILERA MORALES, «Especialidades de los procesos declarativos ordinarios», *Tribunales de Justicia*, núm. 7 (2001), p. 1 i seg.

20. Aquesta va ser una de les interpretacions que ja en el seu moment va intuir Andrés DE LA OLIVA SANTOS, «La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978», *Revista de Derecho Procesal (RDProc)*, núm. 2-3 (1978), p. 430.

21. Al cap i a la fi, els dos processos esmentats es tramiten com a procediments verbals ordinaris, amb la destacable especialitat que tenen una fase de contestació escrita (art. 753 i 770 LEC). La resta d'especialitats, de fet, només són adaptacions lògiques a la pretensió discutida, per molta rellevància que puguin tenir aquestes adaptacions.

22. En comentar aquest avantprojecte, Andrés DE LA OLIVA SANTOS, «La demolición», p. 419, afirmava: «Pero, sobre todo, respecto al tema que nos ocupa, podemos felicitarlos y felicitar a los ponentes constitucionales: en virtud del art. 141.1, 5ª y 6ª, queda establecido rotundamente que la Administración de Justicia y la legislación procesal son, respectivamente, materias de “competencia exclusiva” del Estado, sin ninguna clase de reservas y “sin perjuicios”. Esta clarificación no me parece única: además del aludido mejoramiento formal, se advierte en todo el Título VIII, en general, mayor sensatez sustancial, más seriedad en el tratamiento de asunto tan nuclear de la Nación y del Estado.» En el mateix article hi ha un *addendum* (p. 426 i seg.), perquè quan es va publicar ja s'havia afegit al text constitucional l'incís que estudiem en aquest treball, i l'autor esmentat deia (p. 429-430) que «el “sin perjuicio” del núm. 6º del artículo 143, puede venir a ser, como tantos otros, un “con perjuicio” [...] yo no veo que el “sin perjuicio” encierre una reserva de atribución legislativa a las Comunidades Autónomas en materia procesal: las necesarias especialidades en el orden procesal pertenecen, obviamente, a la legislación procesal, y ésta, al Estado. Y las particularidades son del “derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”. Si éstas, en su peculiar Derecho Positivo, pudiesen incluir ordenaciones normativas de índole procesal, el inciso carecería de sentido.» L'autor afe-

presentada a la Comissió per Miquel Roca i Junyent amb la redacció que finalment ha quedat a la Constitució.²³ El tenor de la defensa de l'esmena pot aclarir els dubtes plantejats, per la qual cosa la reproduïm a continuació:

«Nos parece evidente que, si en el texto que estamos redactando se reconoce la posibilidad de que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas tengan su Derecho sustantivo propio en aquello que no sea específico o exclusivo de la legislación del Estado, nos parece evidente, digo, que, dentro de ese Derecho sustantivo, puede surgir —y de hecho la experiencia lo ha demostrado incluso históricamente— la posibilidad de establecer procedimientos específicos para supuestos de este Derecho sustantivo.

»Quiero hacer especial referencia a casos vigentes, como pudiera ser el procedimiento para la redención de censos, que puede suponer, evidentemente, un trámite especial y específico; como pudiera ser el caso de la rescisión de contratos agrícolas, que pueden tener variantes muy distintas en cada una de las Comunidades Autónomas.»²⁴

Val a dir que l'esmena va ser aprovada per una aclaparadora majoria de trenta-tres vots a favor, cap en contra i només dues abstencions, la qual cosa demostra una conformitat total del constituent amb les paraules de Roca i Junyent.²⁵

Així, doncs, de les tres possibles opcions que he apuntat abans, és evident que el constituent va pensar en la tercera. Per tant, no estem parlant només de la possibilitat de tenir una sèrie d'especialitats disperses per les lleis catalanes, sinó de la possibilitat real que el legislador català arribés a crear un o diferents procediments especials, en les mateixes condicions en què ho fa un legislador estatal,²⁶ quan una matèria pugui ser resolta d'una manera millor amb un procediment adaptat a aquesta matèria. Reprendrem aquesta qüestió més endavant. Abans, però, convé abordar degudament altres elements previs a aquest estudi.

gia que, tanmateix, el precepte es prestava també a una interpretació contrària, consistent en la possibilitat de les comunitats autònomes de crear processos especials per al dret substantiu propi. Cal tenir ben present tota aquesta exposició durant la lectura posterior, perquè penso que ajuda a entendre, en part, la base del pensament reflectida en la jurisprudència posterior del Tribunal Constitucional.

23. Va ser el mateix procediment que es va seguir per a introduir els tribunals superiors de Justícia en la Constitució, també a iniciativa del grup Minoria Catalana. Vegeu el *Diari de Sessions del Congrés dels Diputats* de 16 de juny de 1978. Vegeu també Alfonso PÉREZ GORDO, *El Tribunal Superior de Justicia de las comunidades autónomas*, Barcelona, Librería Bosch, 1982, p. 13 i seg.

24. *Diari de Sessions del Congrés dels Diputats*, 15 de juny de 1978, núm. 90, p. 3316.

25. *Diari de Sessions del Congrés dels Diputats*, 15 de juny de 1978, núm. 90, p. 3355.

26. Per exemple, com va fer el legislador gallec creant un recurs de cassació especial perquè en conegués el Tribunal Superior de Justícia de Galícia. Sobre aquest interessant recurs, vegeu Jorge NIEVA FENOLL, «El recurso de casación ante el T. S. J. de Galicia, tras la L.E.C. 1/2000», *Revista Xurídica Galega*, núm. 33 (2001) i 34 (2002), p. 13 a 49 i 13 a 53, respectivament.

2.1. LA MARGINACIÓ DEL LEGISLADOR AUTONÒMIC EN MATÈRIA PROCESSAL

Ja hem analitzat abans les causes històriques de l'arraconament del legislador català en matèria processal. Una vegada conegudes aquestes causes, és senzill adonar-se que la manca de legislació processal és conseqüència de la manca de tradició,²⁷ imposada per uns tribunals que s'han vist obligats a aplicar unes úniques lleis estatals processals des de 1835.

És a dir, certament, la legislació processal catalana va patir una marginació inicial que va arribar fins a la seva eliminació més absoluta, marginació que no va conèixer mai, fins a aquest punt, la legislació civil, tot i la manca de fonts de producció que també va afectar aquesta branca del dret. Val a dir que aquesta prohibició del dret processal català podia arribar a ser fins i tot lògica —però no pas raonable—, atès que els tribunals eren estatals i que el legislador també ho era.

No obstant això, ara, malgrat que els tribunals, tots, i la seva organització, continuen sent matèria de competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.5 CE), i tot i que el tenor de l'article 149.1.6 CE sembla que dóna a entendre que la legislació processal és competència exclusiva de l'Estat,²⁸ penso que les coses han canviat força, o, millor dit, haurien d'haver canviat força, des de l'aprovació de la Constitució. Encara que la delimitació de les competències estatal i autonòmica en matèria processal és força complicada, considero que és difícil parlar d'una competència exclusiva de l'Estat, ja que en realitat la legislació processal parteix d'una creació jurídica compartida pels poders legislatius de l'Estat i de les comunitats autònomes.²⁹ Per tant, la competència sobre aquesta matèria és compartida entre l'Estat i les comunitats autònomes.

I, encara que no es considerés així i s'admetés la hipòtesi que la legislació processal és competència exclusiva de l'Estat, caldria reconèixer que les especialitats processals derivades del dret substantiu de les comunitats autònomes també constitueixen una competència exclusiva, però, en aquest cas, de la comunitat autònoma en qüestió. Si, a més, veiem que l'article 9.3 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya atorga aquesta qualificació d'*exclusiva* a la competència que estem analitzant, es confirma l'opinió que mantenim.

L'argumentació precedent no està basada només en una interpretació literal de les normes. Partint d'un fet que, ara per ara, no hauria d'admetre cap dis-

27. Fruit de l'absència de competència legislativa sobre la matèria a Catalunya abans de la Constitució de 1978.

28. Vegeu, en l'època contemporània a l'aprovació de la Constitució, Andrés de la OLIVA SANTOS, «La demolición», p. 429.

29. Vegeu, respecte d'això, José Manuel BUSTO LAGO, «Competencias legislativas», p. 108.

cussió,³⁰ que és la competència exclusiva de Catalunya per a legislar en matèria de dret civil català, és evident que el dret processal, sempre al servei d'altres branques del dret i inseparable, efectivament, d'aquestes branques, ha de tenir també un legislador català. De fet, aquesta va ser la línia de pensament del constituent, com hem vist.

El contrari equivaldria a dir que el Parlament català pot regular, per exemple, les parelles de fet, però no pas el procediment per a reclamar davant de la jurisdicció les obligacions derivades d'aquestes unions. I no és que això no pugui succeir, perquè, de fet, constitueix malauradament la situació actual, atesa la insuficiència de la disposició addicional de la Llei d'unions estables de parella, que després comentaré. Però són evidents els problemes que estan tenint els diferents tribunals per tal d'esbrinar quin hauria de ser el procediment adient per a conèixer d'aquestes qüestions. És a dir, la mateixa realitat evidencia el problema de la manca de legislació processal catalana i, de fet, palesa que la tradicional separació radical entre fons i forma no té cap sentit, tampoc des d'aquest punt de vista.³¹

Crec, així mateix, que el que ha mancat en aquesta problemàtica de la legislació processal autonòmica és una bona dosi de tècnica legislativa i, sobretot, d'oblit de situacions assumides per imposició. És a dir, és lògic que ningú, tret de l'Estat, no es plantegi legislar en matèria processal si no hi ha cap possibilitat de poder-ho fer des d'una altra instància. Però si la possibilitat existeix, no hi ha motius per a tenir l'enorme prevenció que fins ara ha demostrat el Tribu-

30. Tot i que l'admet, i una prova molt recent d'aquest fet és la providència del Tribunal Constitucional de 20 de maig de 2003, d'admissió a tràmit del recurs d'inconstitucionalitat número 2099/2003, promogut pel president del Govern, contra la Llei del Parlament de Catalunya 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya. La providència suspenia la vigència i l'aplicació d'aquesta llei des de la data d'interposició del recurs (10 d'abril de 2003) per a les parts, i des de la publicació de l'edicta d'admissió en el BOE (BOE núm. 132, de 3 de juny de 2003, p. 21285; DOGC núm. 3899, de 5 de juny de 2003, p. 11767) per als tercers. La referència està extreta de la pàgina web de l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona (<http://civil.udg.es/normacivil/cat/CCC/Primera.htm>). Sortosament, aquesta suspensió cautelar es va aixecar el 29 d'octubre de 2003. Sobre l'ús correcte de l'expressió *providència*, utilitzat també a la pàgina web esmentada, vegeu l'estudi terminològic de Jordi NIEVA FENOLL «L'«auto» i el «fallo»», *RJC*, núm. 4 (2000), p. 1219 i seg.

31. Aquesta divisió clàssica és pròpia de les primeres doctrines processalistes (per citar un autor més modern, vegeu Antonio SEGNI, «Giurisdizione», a *Novissimo Digesto Italiano*, t. VII, 1963, p. 985 i seg., seguidor de Giuseppe Chiovenda [la primera edició dels seus *Principii di Diritto Processuale* és de 1906], i aquest darrer, seguidor d'Adolf Wach [*Handbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 1885], processalistes gairebé pioners als seus països), però en la realitat es veu desmentida, com demostren institucions com ara la càrrega de la prova o la cosa jutjada, institucions que, com veurem després, tenen una naturalesa jurídica dubtosa. Vegeu, per a tots, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Jurisdicción», a Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 41, sobre la crítica a aquesta divisió dogmàtica de l'ordenament.

nal Constitucional en els intents, minsos en general, de legislació processal de les comunitats autònomes. Hi ha en les consciències jurídiques una mena de temor a la «disgregació» de l'ordenament processal, que no hauria d'existir en absolut si s'haguessin considerat, des del principi, les diferents parcel·les de la branca processal en què el legislador autonòmic podria estar raonablement interessat a legislar. Analitzarem aquesta darrera qüestió.

2.2. RAONS DE LA MARGINACIÓ DEL LEGISLADOR AUTONÒMIC EN MATÈRIA PROCESSAL

En la desena i escaig de sentències en què el Tribunal Constitucional s'ha ocupat directament d'aquesta qüestió, el temor de què abans parlava s'ha fet ben palès. Sobta el fet de comprovar que ni tan sols una de les resolucions ha donat, ni que sigui parcialment, la raó a la comunitat autònoma.³² I sobta molt més veure que el Tribunal Constitucional ha oblidat del tot les paraules del constituent en introduir el precepte que analitzem. Els pretextos de l'Alt Tribunal, a més, han estat sempre els mateixos, i de fet els exposaré tot seguit per a començar a donar resposta al títol de l'epígraf. Em limitaré a considerar els punts que tenen directament a veure amb la qüestió de les especialitats processals:

—*La determinació de la jurisdicció i la competència dels tribunals*: es tracta d'una competència exclusiva de l'Estat. El Tribunal Constitucional ha insistit molt en aquesta qüestió, tant quan és l'Estat qui ha regulat aquestes competències,³³ com quan ho ha intentat fer la comunitat autònoma.³⁴ L'Alt Tribunal, però, no ha donat altres raons que les següents: l'exclusivitat estatal de la competència i que la qüestió no afecta l'autonomia de la comunitat autònoma.

32. Mentre aquesta publicació estava en premsa, es va editar la SCT 47/2004, de 25 de març, FJ 11, que esdevé una certa, tot i que ínfima, obertura en la matèria que analitzem.

33. Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 25/1981, de 14 de juliol, fonament jurídic (FJ) 6: «Tales normas no afectan a la autonomía de la Comunidad Autónoma, ya que se enmarcan en la regulación general del ius puniendi y de las competencias de los Tribunales de Justicia para el conocimiento de los hechos delictivos, que corresponde al Estado (art. 149.1.5.º y 6).»

34. STC 159/1991, de 18 de juliol, FJ 4: «Dicho título competencial es el que el art. 149.1.6 C.E. atribuye con carácter exclusivo al Estado la materia de legislación procesal, en relación también a lo previsto en los art. 117.3 y 122.1 C.E., en cuanto al establecimiento de la normativa orgánica de los Tribunales y a la determinación de su competencia; ello incluye el establecimiento del fuero jurisdiccional penal de los integrantes del Ejecutivo autonómico asturiano [...] La Ley Orgánica del Poder Judicial, en ejercicio de esa competencia exclusiva de la legislación del Estado, dispone en su art. 73.3 a) que a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia le corresponde, como Sala de lo Penal, el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de

—*La regulació de la constitució i el funcionament dels tribunals*: correspon, segons el Tribunal Constitucional, exclusivament a l'Estat.³⁵ La justificació que es dona no passa, tampoc en aquest cas, de la reafirmació del caràcter exclusiu de la competència.

—*Determinació de la legitimació*:³⁶ segons el Tribunal Constitucional, correspon exclusivament a l'Estat, i el Tribunal matisa —amb clara vocació d'entendre aquesta idea a totes les normes processals— que la legislació processal ha de correspondre exclusivament a l'Estat per la necessitat que hi ha que els instruments jurisdiccionals siguin uniformes.³⁷

Autonomía —y no otra ley, y desde luego ninguna otra Ley autonómica— reservan a dichos Tribunales. Por consiguiente, resulta constitucionalmente inaceptable que una Ley autonómica, como la 6/1984, del Principado de Asturias, proceda por sí misma a establecer *ex novo* el fuero jurisdiccional penal de los miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, siendo así que se trata de una materia que pertenece a la exclusiva competencia estatal.» Vegeu, també, STC 121/1992, de 28 de setembre, FJ 4; STC 150/1998, de 2 de juliol, FJ 2, i STC 127/1999, d'1 de juliol, FJ 2.

35. STC 38/1982, de 22 de juny, FJ 5: «La Constitución ha tomado en consideración la organización territorial del Estado al fijar criterios básicos para la organización judicial, como acredita el art. 152.1 párrafo segundo de la misma, al establecer que “un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”, y al señalar el párrafo siguiente que “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia”. La inclusión de éste precepto en el título VIII de la Constitución, el reflejo de su contenido en el art. 19 del Estatuto de Cataluña y otros argumentos complementarios que podrían citarse, son muestra de la vinculación de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de la ordenación de las Comunidades Autónomas que se constituyan por la vía del art. 151 de la Constitución, al que se refiere el art. 152 núm. 1 de la misma. Pero, hecha esta afirmación, ha de recordarse también que, de acuerdo con el art. 122 de la Constitución, corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Tribunales de Justicia, es decir, su configuración definitiva.»

36. En el sentit que tradicionalment la ciència processal ha donat a aquest concepte del dret civil. Vegeu, en relació amb les discussions sobre aquest punt, molt polèmic, Othmar JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, Munic, 1993, p. 48; Enrico ALLORIO, «Diatriba breve sulla legittimazione ad agire», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 1955, p. 129 i seg.; Emilio GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», *La Notaria*, 1948, p. 157 i seg.; Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *Justicia*, núm. 2 (1987), p. 289 i seg.; Francisco RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, vol. I, Barcelona, 1997, p. 50; Juan MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, Civitas, 1994, p. 29; Faustino CORDÓN MORENO, «Anotaciones acerca de la legitimación», *RDProc*, 1979, p. 305 i seg.; Faustino CORDÓN MORENO, «De nuevo sobre la legitimación», *RDProc*, 1997, p. 54 i seg.; Jorge NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 106 i seg.

37. STC 71/1982, de 30 de novembre, FJ 20: «Los argumentos que desde este planteamiento se manejan para sostener que el art. 32 de la Ley 10/1981, tiene un alcance recordatorio, siste-

—*Determinació de qualsevol norma de procediment,³⁸ o del tipus de procediment genèric (ordinari, verbal o, antigament, incidental) per a substanciar un procés:*³⁹ les raons en virtut de les quals la competència torna a ser considerada exclusiva de l'Estat es fonamenten, una vegada més, en la «necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales». Però, a més, el Tribunal Constitucional recorda que es tracta de qüestions que no deriven del dret substantiu propi de la comunitat autònoma.

mático e informador, respetuoso con la competencia estatal que define el art. 149.1.6.^a, en materia de legislación procesal, además de las objeciones que pudieran oponerse a una labor que aun no siendo creadora está reservada al legislador estatal, no tienen en cuenta que dicho artículo aporta un novum, cual es la generalización de la legitimación colectiva y de la legitimación por sustitución en el área de la defensa del consumidor. Como la norma se inserta en el ámbito de la legislación procesal, y no responde a particularidades del derecho sustantivo del País Vasco, incurre en incompetencia. Por lo demás, la atribución de la legislación procesal al Estado y, por tanto, la determinadora de la legitimación, como toda regla del proceso que no esté justificada por la indicada particularidad, responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales.» En el mateix sentit, vegeu la STC 83/1986, de 26 de juny, FJ 2, que, a més, afegeix: «En otras palabras, la norma impugnada constituye una innovación del ordenamiento procesal, que puede considerarse más o menos adecuada desde la perspectiva de la política legislativa en función de la realidad lingüística, pero que no resulta ser una necesaria especialidad procesal que se derive de las particularidades del Derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma de Cataluña.»

38. STC 146/1996, de 19 de setembre, FJ 6: «No cabe duda de que las normas recurridas, que configuran un único bloque normativo con el resto de los preceptos contenidos en el referido Título, se insertan en el ámbito de la legislación procesal, pues la implantación o establecimiento de un sistema o mecanismo jurisdiccional como medio de resolución de las controversias derivadas, en este caso, del desarrollo de la actividad publicitaria, mediante el cual las partes pueden obtener una decisión que ponga fin a los conflictos surgidos, es materia propia de la legislación procesal, reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.6. C.E., cuya atribución “responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales” (STC 71/1982, fundamento jurídico 20; 83/1986, fundamento jurídico 2; 123/1988, fundamento jurídico 3).»

39. STC 127/1999, d'1 de juliol, FJ 5: «Pues bien, la aplicación de este criterio al caso presente conduce, inexorablemente, a la apreciación de la inconstitucionalidad de la Disposición adicional tercera de la Ley 13/1989, que encierra una alteración de la determinación del tipo de juicio declarativo correspondiente. En efecto, nada hay en dicha Ley que precise para su efectividad de estas innovaciones procesales, pues, no pueden merecer tal consideración la alegada superación de la perspectiva estrictamente forestal, o el reconocimiento de la titularidad de la propiedad y otros derechos reales limitados sobre esta clase de bienes a las comunidades de vecinos, así como tampoco las reglas de organización interna de éstas y, tanto menos, las medidas de protección y gestión cautelar, establecidas en el Título V de la Ley que, en cuanto habilitan el actuar de la Administración Pública, remiten, como efectivamente se hace en el art. 29.4, a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo ex art. 9.4 L. O. P. J. Pues el argumento utilizado en el caso concreto sobre la mayor sencillez del procedimiento incidental sobre el declarativo, es tan válido para esta materia como para cualquier otra de las contempladas en la legislación procesal.»

—*Determinació dels casos en què és possible la celebració d'arbitratge*: també aquesta qüestió forma part de la competència exclusiva de l'Estat,⁴⁰ perquè l'arbitratge es considera un equivalent de la jurisdicció dels tribunals ordinaris.

En resum, seguint la jurisprudència del Tribunal Constitucional, si resulta que des de les comunitats autònomes no es pot incidir ni en la jurisdicció (la qual cosa inclou la problemàtica arbitral), ni en la competència, ni en la constitució i el funcionament dels tribunals, i ni tan sols en el procediment o la legitimitació, la conclusió és clara: és molt difícil saber en quin àmbit pensa el Tribunal Constitucional que les comunitats autònomes poden fer efectiva la competència reconeguda en l'article 149.1.6 de la Constitució, perquè les qüestions esmentades, realment, poden arribar a afectar a grans trets tots els vessants del dret processal.

Aquesta conclusió sobre la línia de pensament del Tribunal Constitucional, la confirma el fonament jurídic quart de la sentència del Tribunal Constitucional (STC) 121/1992, de 28 de setembre,⁴¹ que, per la seva importància, reprodueix a continuació:

Importa recordar, ante todo, que la atribución por la Constitución de competencia exclusiva al Estado en punto a la legislación procesal lo es «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.6) [...] Hemos advertido, en efecto, que la mera reiteración de reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión (STC 71/1982, fundamento jurídico 20) y, en cuanto a las innovaciones procesales, hemos señalado también que el artículo 149.1.6, en la salvedad citada, no las hace posibles en relación con la defensa jurídica de aque-

40. STC 15/1989, de 26 de gener, FJ 9: «Cabe añadir, no obstante, que el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado (art. 149, 1, 6 y 8, C.E.), por lo que ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe oponer al art. 31.» STC 62/1991, de 22 de març, FJ 5: «Sin embargo, no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, fundamento jurídico 9º b), es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un "equivalente jurisdiccional", mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia [...]» Vegeu també la STC 196/1997, de 13 de novembre, FJ 12.

41. Vegeu també la STC 173/1998, de 23 de juliol, FJ 11.

llos derechos e intereses que materialmente regulen, pues con la expresión «necesarias especialidades» la Constitución tiene en cuenta tan sólo las que inevitablemente se deduzcan, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por la propia Comunidad (STC 83/1986, fundamento jurídico 2; en sentido análogo, STC 123/88, fundamento jurídico 2). Desde luego, de las particularidades del régimen sustantivo y de la especificidad del arrendamiento histórico valenciano no deriva ninguna necesaria especialidad de la ordenación de las vías procesales y de la defensa judicial de los derechos y deberes derivados de esa relación arrendaticia, de manera que la competencia autonómica para legislar sobre estos arrendamientos no conlleva una competencia legislativa de carácter procesal para establecer una regulación singular de ordenación del proceso.

Amb tota sinceritat, el regust que deixa tota aquesta jurisprudència del Tribunal Constitucional és bastant amarg, i pot semblar que, tot i el que diu la Constitució, en realitat continuem a l'època preconstitucional de negació de la possibilitat de legislació processal des dels territoris de les comunitats autònomes. A més, les raons que dóna el Tribunal Constitucional —sense cap ànim de polemitzar— són en el fons bastant pobres i es basen en la repetició sistemàtica del que han pensat moltes consciències jurídiques tradicionals, almenys des de 1835. Però crec que és evident que la motivació que tenen les sentències reproduïdes és massa reduïda, com he intentat demostrar transcrivint literalment les paraules del Tribunal Constitucional, a fi que el lector pugui confirmar o desmentir per si mateix les meves pròpies conclusions.

2.3. POSSIBILITATS DE DESENVOLUPAMENT MÀXIM DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Malgrat tot, la jurisprudència del Tribunal Constitucional és vinculant, perquè aquest òrgan és l'interpret suprem de la Constitució (art. 164 CE i 5.1 LOPJ). Per això, hem d'esforçar-nos a extreure'n totes les possibilitats per a fer factible la vigència real de l'article 149.1.6 CE quant a la legislació processal autonòmica. Per tant, s'han d'analitzar les possibles justificacions d'aquestes escasses raons de la doctrina esmentada i s'han de descobrir les esclatxes que deixa la jurisprudència per tal que la legislació processal catalana pugui tenir una existència real.

Tot i que és complicat trobar àmbits del dret processal en què no es pugui imposar la jurisprudència esmentada del Tribunal Constitucional, aquests àmbits existeixen.

2.3.1. *Jurisdicció i competència*

Ja sabem que les normes autonòmiques no poden afectar la jurisdicció dels tribunals. Tot i que el Tribunal Constitucional no explica per què, s'ha de dir que aquesta decisió és absolutament lògica. La jurisdicció és una matèria que afecta directament el dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), i, com és sabut, les matèries que desenvolupen els drets fonamentals han d'estar regulades per una llei orgànica, segons l'article 81.1 CE.

Però, encara que no fos així, s'ha de recordar que la Constitució estableix un poder judicial estatal únic. I l'essència més fonamental del poder judicial és precisament la jurisdicció, entesa tant en el sentit teòric de concepte fonamental del dret processal,⁴² com en el sentit territorial (jurisdicció internacional), o fins i tot objectiu (ordres jurisdiccionals), o, en darrer lloc, en funció de la decisió de l'Estat de permetre o no que altres òrgans que no siguin els seus tribunals puguin exercir la jurisdicció, com succeeix en el cas de l'arbitratge.⁴³

S'ha de reconèixer que la possibilitat de les comunitats autònomes de legislar en aquest àmbit només existiria en el cas que el poder judicial estigués federalitzat. Llavors estariem davant d'un altre esquema completament diferent i la legislació autonòmica en matèria de jurisdicció podria ser perfectament possible.

Deixant de banda, doncs, la jurisdicció, si passem a tractar la competència (objectiva, territorial i funcional), hem de matisar immediatament. És completa-

42. És a dir, com a concepte que explica l'activitat dels tribunals en relació amb l'ordenament jurídic. Vegeu les diferents posicions sobre aquest concepte a Konrad HELMWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Scientia-Verlag Aalen, 1980, p. 2 [reimpressió de l'edició de Leipzig de 1912]; Leo ROSENBERG, Karl-Heinz SCHWAB i Peter GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, Munic, C. H. Beck, 1993, p. 3 i 43; Othmar JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, Munic, C. H. Beck, 1993, p. 2; Giuseppe CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II, Nàpols, Jovene, 1936, p. 12-13; CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I [traducció de Santiago Sentís Melendo a l'edició de Pàdua, 1943], Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 128; Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Jurisdicción», p. 50; Salvatore SATTIA i Carmine PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, Pàdua, CEDAM, 1996, p. 16; Francisco RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, Librería Bosch, 1978, p. 166.

43. Sobre les diferents explicacions de l'activitat arbitral i, especialment, sobre la teoria jurisdiccionalista que he seguit en la frase anterior, vegeu Miguel FENECH NAVARRO, «El arbitraje en derecho español», a Miguel FENECH NAVARRO i Jorge CARRERAS, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1962, p. 420; Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Naturaleza jurídica del arbitraje», a Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 580 i seg.; Lluís CABALLOL ANGELATS, *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 18 i seg.; Jordi NIEVA FENOLL, «Las materias inseparablemente unidas a aquellas otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición», *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 3 (2002), p. 42.

ment cert que, quant a la competència objectiva i la competència funcional, ha de ser l'Estat qui ha de decidir quina competència té cadascun dels tribunals que ell mateix ha creat, a fi que sigui completament coherent l'atribució del volum de feina i de les fases processals de què està encarregat cada tribunal, per tal d'optimitzar oportunament les oficines judicials creades.

Això no impedeix, però, que la comunitat autònoma pugui afegir volums d'assumptes dins de l'atribució de la competència objectiva de la Llei orgànica del poder judicial. És a dir, si la llei esmentada, en el seu article 85.1, diu que els jutges de primera instància han de conèixer en l'ordre civil «en primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales», és perfectament possible que la llei autonòmica atribueixi als jutjats esmentats els assumptes derivats de les lleis substantives autonòmiques. I això és una atribució absolutament legítima de competència objectiva, que, a més, trobem freqüentment en les lleis catalanes.⁴⁴ Dit d'una altra manera, és legislació processal autonòmica derivada de les especialitats del dret substantiu. I encara que la legislació autonòmica no indiqués que el jutjat de primera instància és competent, el resultat seria el mateix, perquè s'imposaria de tota manera l'article 85.1 LOPJ.

El que succeeix és que això produeix, en un segon terme, el problema de l'atribució de la competència territorial. És a dir, un cop creat el supòsit de dret substantiu que ha de conèixer el jutjat de primera instància, a quin territori l'atribuïm? Podria pensar-se que les comunitats autònomes no haurien de tenir res a dir en aquest àmbit, però crec que és al contrari.

En primer lloc, la competència territorial en l'àmbit civil no està atribuïda per una llei orgànica, sinó per la Llei d'enjudiciament civil, és a dir, que no és

44. Per exemple, en l'article 327.1.III de la Compilació, on es dona competència al jutge de primera instància per a conèixer de la cessació de les activitats del posseïdor que poden produir el deteriorament de la cosa venuda a carta de gràcia i gravada. Altres casos són: art. 2 CF, fixació judicial del domicili conjugal; art. 7 CF, prestacions per a les despeses del matrimoni; art. 70 CF, autorització judicial sobre la disposició dels béns comuns; art. 79 CF, decisió judicial en cas de manca de conveni regulador; art. 134.1 CF, adopció de mesures per a protegir els fills. Altres preceptes: art. 135.3 CF, suspensió, modificació o denegació del dret de relacionar-se personalment amb el fill o la filla; art. 136 CF, privació de la potestat del pare o de la mare; art. 138 CF, atribució total o parcial de la potestat a un dels pares en cas de desacord; art. 139 CF, desacords sobre l'exercici de la potestat; art. 151 CF, autorització judicial per a disposar dels béns dels fills o prendre decisions rellevants per a llur patrimoni; art. 2.6 Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció; confirmació o anul·lació de la declaració de desemparament; art. 37 CS, benefici de separació de patrimonis; art. 47 CS, adopció de mesures per a conservar el cabal hereditari; art. 56 CS, designació de comptador partidori de l'herència; art. 121 CF, comprovació de l'autenticitat del testament hològraf, i art. 26 Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions, intervenció temporal de la fundació.

una matèria que desenvolupi directament cap dret fonamental, en el sentit que exigeix el Tribunal Constitucional.⁴⁵ I aquesta llei, quan no estableix un fur de competència territorial improrrogable (art. 52 LEC), permet que les mateixes parts litigants disposin lliurement de la competència mitjançant la submissió expressa o tàcita.

Si la llei permet una cosa que pot comportar tanta dispersió com és el fet que les parts de cada procés dels milers que se celebren determinin la competència territorial, com podria impedir-se que un legislador autonòmic establís un fur diferent del que preveu la LEC? Òbviament, l'al·legació clàssica de la jurisprudència constitucional de la «necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales» no escauria en absolut.

Per tant, llevat que existeixi un fur de competència territorial improrrogable,⁴⁶ no hi hauria d'haver cap problema perquè la llei autonòmica establís un fur diferent en una matèria en la qual el legislador estatal no ha pogut pensar perquè forma part del dret propi de la comunitat autònoma. Fins i tot, no hi hauria cap inconvenient perquè aquest fur fos improrrogable, atès que això hauria d'afavorir la uniformitat dels instruments jurisdiccionals en la comunitat autònoma i, a més, permetria que els litigis de dret propi se substanciessin sempre en primera i segona instàncies, on és lògic que es duguin a terme, és a dir, als tribunals de la comunitat autònoma, que coneixen el dret propi d'aquella comunitat autònoma, a diferència dels òrgans jurisdiccionals d'altres comunitats.

2.3.2. Parts (legitimació)

Com hem vist abans, el Tribunal Constitucional ha estat especialment restrictiu en aquesta matèria. En un cas,⁴⁷ va declarar inconstitucional l'atribució de legitimació que l'article 4.2 de la Llei de normalització lingüística catalana feia al Consell Executiu perquè exercís totes les accions judicials necessàries per a fer efectius els drets dels ciutadans reconeguts en l'article 3 de l'Estatut i en la mateixa llei. La fonamentació, a part del que hem esmentat abans, era que el Tribunal Constitucional no veia quines relacions hi havia entre subjectes públics i subjectes privats que fessin necessària l'especialitat processal, i afegia que, tot i que els poders públics poden actuar en defensa del seus drets,

45. STC 59/1986, de 14 de febrer.

46. Supòsit en què caldria estudiar cada cas concret, com veurem després en relació amb l'article 2 CS.

47. STC 83/1986, de 26 de juny, FJ 2.

«corresponde en exclusiva al Estado definir los correlativos derechos con carácter general y las características y modalidades de la situación procesal de dichos entes públicos».

En un altre cas, l'any 1982,⁴⁸ es declarava inconstitucional una llei del País Basc que atribuïa a les associacions de consumidors la legitimitació per a promoure la defensa dels interessos col·lectius i, a més, legitimava aquestes associacions per a exercir les accions del consumidor individual, si aquest ho demanava. En aquest cas l'argument va ser, com ja vaig dir, que aquesta matèria era legislació processal que no responia a particularitats del dret substantiu del País Basc i, per tant, restava reservada al legislador estatal. I s'afegia que «la atribución de la legislación procesal al Estado y, por tanto, la determinante de la legitimación, como toda regla del proceso que no esté justificada por la indicada particularidad, responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales».

La interpretació del Tribunal Constitucional, en aquest darrer cas, és força perillosa. El que va passar en aquest assumpte és que la llei basca va arribar en un moment en què a l'Estat espanyol no s'havia legislatat realment en matèria de consumidors, i, per tant, la llei basca constituïa clarament una especialitat substantiva envers l'ordenament estatal. I s'ha de reconèixer que mantenir el que va afirmar el Tribunal Constitucional suposava pràcticament que el dret substantiu autonòmic, perquè pogués fer néixer alguna especialitat processal, havia de ser només aplicable a situacions pròpies i exclusives de la comunitat autònoma.

Lògicament, aquesta interpretació no és raonable en absolut, ja que porta a unes conclusions, podríem dir-ne *etnojurídiques*, tan exclusives que és pràcticament impossible que es produeixin en les circumstàncies actuals. A més, cal tenir present que, si hi ha una matèria de dret processal en el qual els vincles entre dret substantiu i dret adjectiu es fan absolutament evidents, és precisament en la de la legitimitació, en la qual les oportunitats d'intervenir en el procés van lligades directament a l'interès de les parts per la matèria que es debatrà en el procés.⁴⁹ La legitimitació, tot i que afecta el dret processal, és en realitat derivada del dret material, i de les oportunitats que aquest dret vulgui concedir als diferents operadors jurídics.⁵⁰ A partir d'aquí, el procés no farà altra cosa que possibilitar que aquests operadors jurídics puguin defensar aquest dret en el procés.

48. STC 71/1982, de 30 de novembre, FJ 20.

49. Des del punt de vista, per exemple, de l'anomenada *teoria concreta de l'acció* (que és d'on provenen les teories clàssiques de la legitimitació), la participació dels subjectes processals va lligada al dret a l'obtenció d'una sentència favorable. No defenso en absolut aquesta teoria, molt superada actualment, però serveix per a demostrar que la legitimitació prové clarament del dret material.

50. Vegeu Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos», p. 309.

Per consegüent, és absolutament legítim que el dret autonòmic contingui normes sobre la legitimació. De fet, es tracta d'un dels àmbits en què de manera més freqüent ha legislat el legislador català.⁵¹ Per tant, hauríem de tenir per superada aquesta jurisprudència del Tribunal Constitucional, que pertany als seus primers anys.

Tanmateix, cal dir que el legislador autonòmic podrà legislar també, sense problemes, sobre qüestions de capacitat,⁵² representació, successió o substitució processal, o en molts dels casos de pluralitat de parts (litisconsorci), perquè, un cop més, les regulacions processals d'aquestes matèries provenen del dret substantiu. I, per tant, en la mesura en què el legislador català pugui legislar sobre dret civil que afecti aquestes qüestions establint un règim diferent per a Catalunya, podrà legislar també en matèria processal, seguint al peu de la lletra el que diu l'article 149.1.6 de la Constitució.

2.3.3. *Prova*

Tot i que aquest va ser un dels àmbits respectats pel Decret de Nova Planta, com hem vist, s'ha de dir que l'activitat probatòria és una matèria estrictament processal i que cal no confondre-la amb la prova civil de les obligacions, regulació que actualment és independent de la prova processal. Per tant, la viabilitat de la legislació catalana en aquesta matèria és molt reduïda.

Les úniques possibilitats que segurament podrien admetre's són les relacionades amb les anomenades *màximes d'experiència*, que afecten tota l'activitat probatòria, però especialment la valoració de la prova, la càrrega de la prova i les presumpcions, com veurem més endavant. Comencem per la valoració de la prova.

Aquesta fase de l'activitat probatòria reflecteix, des de la llei, una confiança total en el criteri personal de cada jutge (valoració lliure), o bé imposa una determinada valoració (valoració legal) quan la màxima d'experiència que hauria d'utilitzar el jutge és tan evident que no cal deixar la decisió sobre el cas concret a risc d'un criteri judicial individual, que pot esdevenir dispers.

51. Vegeu, per exemple, els articles 107, 108 i 134.2 CF, en matèria de filiació. O els articles 2.6 de la Llei de protecció al menor, 56 CS i 26 de la Llei de fundacions.

52. De fet, la Compilació de 1960 (art. 49) ja ho va fer, encara que de manera molt tímida i dubtosa, fins i tot a l'època preconstitucional, com ja vam veure que afirmava Rafael GÓMEZ DE MEMBRILLERA, «Algunos aspectos procesales», p. 157 i seg. La disposició addicional segona de la Constitució de 1978 reconeix també la vigència del dret propi en aquesta matèria.

Actualment, la Llei d'enjudiciament civil, llevat de la prova documental (art. 319 i 326) i, molt dubtosament, de la prova de declaració de les parts (art. 316), preveu el sistema de valoració lliure de la prova. La pregunta que plantejo és si hi ha situacions pràctiques, derivades del dret substantiu català, que siguin tan òbvies en la realitat que puguin fer que el legislador català imposi una regla de valoració legal.

Si es troba una situació d'aquesta mena, no veig cap inconvenient perquè el legislador català introdueixi una norma de valoració legal de la prova. És tractaria, sens dubte, d'una especialitat processal que respondria a les particularitats del dret substantiu i, per tant, plenament vàlida des del punt de vista de l'article 149.1.6 de la Constitució. Però, és clar, cal trobar la situació concreta.⁵³

Potser un dels primers àmbits on es podria aplicar aquesta conclusió és el de la prova amb documents electrònics. El legislador estatal, d'una manera absolutament desfasada, imposa per a aquests autèntics documents el sistema de valoració lliure, senzillament perquè no els coneix bé, i, a més, ni tan sols els considera documents (art. 382.3 i 384.3 LEC). Imaginem que Catalunya, per exemple, decidís legislar sobre el document electrònic notarial, de manera que el CD o el DVD que fes el notari continguéssin el document amb la firma electrònica, la filmació de l'acte d'atorgament i, a més, si es considerés necessari, l'escriptura original escanejada. Si cap de les parts al·legués directament la falsedat d'aquest document, és molt difícil que aquesta prova es pogués considerar de lliure valoració. En aquest cas, trobaria plenament justificada una norma pròpiament catalana de valoració de la prova, que fins i tot podria ser copiada o assumida pel legislador estatal, per les enormes garanties d'autenticitat i de descobriment de vicis del consentiment que implicaria.

Pel que fa a la qüestió de la càrrega de la prova, cal dir només que, quan la llei disposa el desplaçament cap a una de les parts, és perquè considera que aquesta part està en millor posició per a provar aquell fet. Aquesta decisió legislativa també està basada en màximes d'experiència que poden quedar reflectides en les lleis substantives. D'aquesta manera, no hi ha cap inconvenient perquè el legislador autonòmic matisi les regulacions estatals sobre la càrrega de la prova en casos concrets. Això és el que es va fer, de manera absolutament legítima, en l'article 11 del Codi de família, que fa recaure en els cònjuges la prova del caràcter oneros d'una transmissió feta entre ells, en cas

53. Una norma semblant a la que intento cercar es pot trobar en l'article 101 CF, tot i que no es tracta d'una autèntica norma de valoració legal de la prova.

d'impugnació judicial.⁵⁴ El dret substantiu regula les transmissions patrimonials entre cònjuges, i a partir d'aquesta premissa és inevitable deduir la màxima d'experiència d'aquesta regulació, segons la qual són els mateixos cònjuges els qui millor coneixen els detalls de la transmissió. A partir d'aquesta constatació, la conseqüència lògica és construir una regla de càrrega de la prova.

2.3.4. Execució i mesures cautelars

Aquestes dues matèries són, una vegada més, dret processal. I, a més, no es veuen sovint influïdes per la normativa civil. L'execució d'una sentència, independentment del pronunciament que tingui, tindrà uns tràmits molt semblants, dins de les divisions habituals en aquesta matèria. Sempre es tractarà d'una condemna pecuniària o d'una condemna no pecuniària. I, si és d'aquest segon tipus, la condemna serà de fer (personalíssim o no), de no fer, o de donar una cosa genèrica o una cosa específica. I la regulació continguda en la Llei d'enjudiciament civil ja comprèn normes per a executar les sentències. Seran més o menys encertades, però les normes existents permeten fer front a qualsevol cas que es plantegi.⁵⁵ La regulació catalana contribuiria només, en aquestes condicions, a assenyalar la mesura executiva més adient en cada cas concret.⁵⁶

No obstant això, hi ha parts de la Llei d'enjudiciament civil que són deficitàries, potser perquè no s'ha tingut present el dret autonòmic. En funció del tema tractat, es justificaria una regulació autonòmica derivada, com sempre, de les especialitats del dret substantiu. És el que succeeix, per exemple, amb l'embargament de béns semovents, no previst directament i amb el detall necessari per la Llei d'enjudiciament civil, o bé amb l'embargament de béns de cònjuges

54. «Article 11. *Llibertat de contractació*. Els cònjuges es poden transmetre béns i drets per qualsevol títol i dur a terme entre ells tot tipus de negocis jurídics. En cas d'impugnació judicial, els correspon la prova del caràcter oneros de la transmissió.»

55. Així sembla confirmar-ho el Codi de família: «Article 81. *Via de constrenyiment*. Les prestacions establertes per la sentència poden ésser exigides per la via de constrenyiment.»

56. És el que fa l'article 327.1.III de la Compilació quan ens parla de la possibilitat de nomenar un administrador judicial de la cosa venuda a carta de gràcia si persisteixen l'abús del posseïdor o el deteriorament de la cosa. Altres exemples: art. 7 CF, mesures executives per a assegurar els pagaments futurs de les despeses del matrimoni; art. 84, 268.3 i 269.2 CF, mesures executives per a garantir el pagament de la pensió compensatòria. Altres exemples: art. 135.3 i 136.2 CF.

amb règim de separació de béns,⁵⁷ o comprats amb pacte de supervivència,⁵⁸ que el legislador català s'ha preocupat de regular en part en el Codi de família. Podrien existir figures del dret civil català que generessin situacions pràctiques rendibles econòmicament i, per tant, embargables, que fessin aconsellable l'establiment d'unes garanties de l'embargament diferents de les previstes en la llei processal estatal. Fins i tot es podria arribar a pensar en una modificació d'algunes normes de la subhasta, en relació amb aquests béns, per a afavorir la participació de les persones més interessades en els béns subhastats. Estic pensant, fonamentalment, en la consignació obligatòria per a poder participar en les subhastes. La Llei imposa unes consignacions del 20 % del valor de taxació per a la subhasta de béns mobles, per exemple (art. 647 LEC), pensant fonamentalment en la mecànica de les grans ciutats, en què s'intenta lluitar contra els anomenats *subhastars*.

Però, en altres contrades, potser ningú no voldrà arriscar el 20 % del valor de taxació per a poder licitar en una subhasta. I tampoc no hi haurà *subhastars* interessats. En aquests casos, si aquesta situació es reflecteix en les normes del dret material, seria absolutament lògic que el legislador català pensés a adoptar regulacions processals adients.

Exactament el mateix succeiria amb les mesures cautelars. Tanmateix, les possibilitats de legislar en aquest àmbit són molt reduïdes, perquè la Llei d'enjudiciament civil (art. 727.11) és molt oberta a l'hora de preveure les mesures cautelars que poden adoptar-se. Hi cap pràcticament tot. I en aquestes condicions, com a màxim, el legislador català podria esmentar una mesura concreta,⁵⁹ o mirar de regular alguna mesura cautelar específica per a una situació concreta produïda pel dret substantiu català, adaptant en part, no el procediment en si, sinó el *modus operandi* d'execució de la mesura, del qual la Llei d'enjudiciament civil no diu pràcticament res.

57. «Article 13 [CF]. *Embargament de comptes indistints*. En cas d'embargament de comptes indistints per deutes privatis d'un dels cònjuges, el cònjuge no deutor pot sostreure de l'embargament els imports que acreditat que li pertanyen amb caràcter exclusiu, llevat que hagi consentit expressament l'obligació concreta pel cònjuge deutor.»

58. «Article 47 [CF]. *Embargament*. 1. El creditor d'un dels cònjuges per deutes propis o per deutes familiars pot demanar l'embargament sobre la meitat que el deutor té sobre els béns comprats amb pacte de supervivència. 2. L'embargament s'ha de notificar al cònjuge que no sigui part en el litigi.»

59. «Article 60 [CF]. *Actes en frau del crèdit*. [...] 3. El creditor o creditora o els seus successors poden demanar l'anotació de la demanda de reclamació del crèdit de participació en els registres públics corresponents.» Vegeu també els articles 100 CF i 272 i 386 CS.

2.3.5. *Fases procedimentals en general, o determinació del tipus de procediment*

Aquest darrer subepígraf es refereix a la possibilitat del legislador català d'afegir fases procedimentals a un procediment ordinari creat en la Llei estatal, o bé crear-ne un de nou, o, en darrer lloc, indicar quin procediment s'utilitzarà per a resoldre un assumpte concret.

El Tribunal Constitucional, de fet, només s'ha referit a l'última qüestió, i ho ha fet en part pel que fa a la segona. Respecte a la possibilitat d'indicar quin procediment ordinari s'ha d'escollir per a resoldre un determinat assumpte, ja hem vist que la jurisprudència constitucional havia exclòs que pogués fer-ho el legislador autonòmic.⁶⁰ I, quant a la possibilitat de crear un procediment nou, sembla evident que per al Tribunal Constitucional aquesta és una matèria reservada a l'Estat, tot i que, quan es va pronunciar sobre la qüestió, no va descartar un procediment creat pel legislador autonòmic (que no era el cas), sinó que va reafirmar la constitucionalitat del procediment de la Llei general de publicitat, creat per l'Estat i impugnat pel Govern basc en aquella ocasió.⁶¹

Si no fos per aquesta jurisprudència, que, a més, és relativament recent, personalment no trobaria inconvenients —des del punt de vista constitucional— perquè el legislador adaptés un procediment a les exigències del dret substantiu, com ha fet molt sovint el legislador estatal i, a més, justificant-ho sempre des d'aquest punt de vista, que, com hem vist, era el que desitjava el constituent. Tot i així, com constatem, el Tribunal Constitucional no és que hagi negat la possibilitat autonòmica de crear un procediment, sinó que ha prohibit quelcom que és encara menys compromès per a la «necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales». Com ja s'ha dit, el Tribunal Constitucional va impedir que el legislador autonòmic escollís un dels procediments establerts en la Llei (l'incidental) perquè es discutissin les pretensions derivades de la Llei gallega 13/1989, de 10 d'octubre, de forests veïnals de mancomú.

Val a dir que si, com diu el Tribunal Constitucional, el tipus de procediment no s'ha de veure influenciat per la pretensió que es discuteix, sinó que l'argument de la celeritat d'un procediment o l'altre és vàlid per a qualsevol pretensió, no s'entén que el legislador estatal, gairebé sempre amb l'excusa de la major rapidesa o eficàcia,⁶² hagi establert un procediment especial per a cada

60. STC 127/1999, d'1 de juliol, FJ 5. S'adhereix a l'opinió del Tribunal Constitucional José Manuel BUSTO LAGO, «Competencias legislativas», p. 105 i seg.

61. STC 146/1996, de 19 de setembre, FJ 6.

62. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, vol. II, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 801-802, explica: «En cualquier caso no existe una razón única que justifique la pro-

nova llei substantiva especial que ha promulgat, amb la qual cosa ha adaptat la llei processal a la llei substantiva i ha donat lloc als diversos processos civils especials que ara recull la Llei d'enjudiciament civil, de manera expressa o amagats entre els seus preceptes.⁶³

És a dir, cal preguntar-se per què el legislador estatal pot provocar la dispersió dels procediments i, en canvi, no pot fer-ho el legislador autonòmic. Se'm dirà que la raó és la competència exclusiva de l'Estat en matèria processal. Però cal no oblidar la competència autonòmica, també exclusiva, i que permet legislar en matèria processal quan així ho faci necessari el dret substantiu. I, és clar, no és admissible que el legislador estatal pugui justificar, sense més, la creació d'un procediment especial per exigències del dret substantiu, i, en canvi, no pugui fer això mateix el legislador autonòmic quan el dret substantiu és el propi de la comunitat autònoma. Senzillament, per a deixar-ho clar, no s'entén el canvi de criteri quan es tracta de legislació estatal o de legislació autonòmica.

Tanmateix, un cop dit això, cal analitzar l'oportunitat que el legislador autonòmic legisli sobre aquestes matèries. Dedicaré l'epígraf següent a tota aquesta qüestió, les reflexions sobre la qual es poden estendre a tota la resta de punts tractats.

Abans d'acabar, però, cal referir-se encara breument a la possibilitat del legislador autonòmic d'establir recursos. Crec que això no és factible en absolut. El recurs és una eina processal que no té res a veure directament amb el dret substantiu. Per tant, la seva regulació pertany completament a l'esfera del legislador estatal, i, de fet, si aquest legislador no volgués, en l'àmbit civil no tindria necessitat d'establir recursos. Segons una reiterada jurisprudència constitucional,⁶⁴ el dret al recurs, com a part del contingut essencial del dret a la tutela judicial efectiva, només existeix pel que fa als recursos previstos legalment, però no està reconegut un dret a l'existència de recursos a la llei, existència que depèn, torno a dir, del legislador estatal. Les possibilitats del legislador autonòmic en aquest vessant són, per tant, nul·les.

liferación de juicios especiales: la frecuencia o complejidad de algunas cuestiones, las necesidades de una resolución rápida, las particularidades que impone un determinado objeto litigioso, etc., son algunas de las motivaciones que se esgrimen como justificación de la creación de nuevos juicios especiales. Lo sarcástico de tal orientación es que con la especialización casi nunca se consiguen los objetivos de claridad y rapidez presupuestados.»

63. Francisco RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la Ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2000, p. 182; Vicente GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil: Parte especial*, Madrid, Colex, 2000, p. 19; Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ i Á. de la OLIVA, *Derecho procesal civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 580; Jorge NIEVA FENOLL, «Guía para el uso», p. 65 i seg.; Marien AGUILERA MORALES, «Especialidades de los procesos», p. 1 i seg.

64. Vegeu, per exemple, la STC 20/1991, de 31 de gener, FJ 2.

3. LEGITIMITAT I RAONABILITAT DE LA LEGISLACIÓ PROCESSAL AUTONÒMICA

Ja hem vist en quins àmbits del dret processal és perfectament factible la legislació catalana sent absolutament respectuosos amb el que determina l'article 149.1.6 CE. I si s'analitzen els epígrafs anteriors, malgrat el que diu la jurisprudència del Tribunal Constitucional, el cert és que fins i tot mantenint aquesta jurisprudència trobem espais per a legislar en matèria processal des de Catalunya. La situació no és òptima ni de bon tros, però la possibilitat pràctica (no només teòrica) de legislació processal catalana existeix en uns terrenys molt més amplis que els que fins ara s'han regulat.

Ara bé, tot i reconeixent expressament que és absolutament legítima la recuperació del poder legislatiu que Felip IV⁶⁵ va fer desaparèixer amb el Decret de Nova Planta, és imprescindible afirmar que aquesta idea no pot basar-se en l'establiment de més complicacions i especialitats legislatives en algunes matèries processals que, de fet, ja és bo que coneguïn unes regulacions unificades. Deixant de banda momentàniament la més que legítima aspiració de recuperació política del poder legislatiu ple,⁶⁶ si respectem la situació constitucional actual, el que es troba a faltar més, almenys en l'àmbit processal, és que el legislador estatal accepti la participació del legislador autonòmic a l'hora de legislar per a tot l'Estat. No és admissible des de cap punt de vista que les comunitats autònomes siguin sistemàticament preterides en el procés legislatiu estatal, amb la qual cosa es perpetua el Senat com a cambra amb nul·les possibilitats en aquest sentit.⁶⁷

65. V de Castella, però IV de Catalunya, com pot comprovar-se llegint les *Constitucions y altres drets de Catalunya, compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII de les Corts per la S.C.Y.R. Majestat del Rey Don Philip IV. nostre Senyor en la ciutat de Barcelona any MDCCII*, Barcelona, 1704 [reedició facsímil d'aquesta edició, col·l. «Textos Jurídics Catalans, Lleis i Costums», IV/2, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995].

66. Aspiració que existeix des de fa molt de temps, també en matèria processal. Vegeu el discurs d'Albert de Quintana a la Mancomunitat, a *RJC*, 1922, p. 17.

67. De fet, les «Conclusions» de l'Assemblea d'Organització Jurídica, publicades a la *RJC* de 1918, p. 314 i seg., ja anaven per aquest camí. En concret, la conclusió IX deia el següent: «L'Assemblea afirma que el fet que els territoris que conviuen dintre de la unitat política del l'Estat espanyol, tinguin règims jurídics diversos, no fa impossible que en la regulació de determinades modalitats jurídiques arribin varis d'ells o tots ells a la unitat jurídica, basada no en la imposició a tots ells de fórmules úniques, sinó en l'armònica coincidència de tots ells en regular les esmentades modalitats amb les mateixes fórmules de Dret.» Vegeu també la conclusió X, així com la XII i la XIII, pel que fa directament al dret processal.

Considero que no fóra negativa una certa uniformització en matèria processal, no tan sols arreu de l'Estat, sinó arreu del món, com demostren projectes com el d'ALI/UNIDROIT,⁶⁸ o les iniciatives europees en matèria d'harmonització de les normatives d'execució de sentències.⁶⁹ I ho dic d'aquesta manera perquè aquestes regulacions procedimentals uniformes afavoreixen la seguretat jurídica. En el fons, quan anem als tribunals, el que volem fer, tant aquí com en un altre indret, és exactament el mateix: que se'ns declari la jurisdicció. I per aconseguir que un jutge jutgi, no calen excessives diferències procedimentals arreu. Cal només establir, primer, una bona estructura jurisdiccional, i, després, un procediment àgil, en el qual les parts tinguin l'oportunitat que les seves alegacions siguin escoltades i contrastades entre si; que hi hagi prova, amb prou temps per a proposar-la i practicar-la; que hi hagi la possibilitat de treure conclusions, almenys sobre la prova practicada, i que, finalment, es dicti sentència. I encara que es pugui pensar el contrari, no té cap justificació que el detall de la regulació concreta de cadascuna d'aquestes fases sigui diferent aquí o a Alemanya, per exemple. En el fons, no és tan diferent, de fet, si observem la pràctica del procés d'ambdós llocs.

El que vull dir amb això últim és que no cal que el legislador autonòmic caigui en les mateixes errades que el legislador estatal. He posat sobre la taula els punts sobre els quals el legislador català, fins i tot amb la restrictiva regulació constitucional actual, podria legislar. Però el que he indicat no vol dir que forçosament hagi de legislar en tots aquests punts que he esmentat, sinó que només ho hauria de fer en aquells en els quals fos útil, i no «inevitable», com pretén el Tribunal Constitucional, i com si només s'hagués de legislar quan no hi ha més remei. *Útil* vol dir «funcional», que realment serveixi per a facilitar la tasca dels operadors jurídics, que, en el fons, és, entre d'altres funcions, per a allò que ha de servir el dret, especialment el dret processal.

Per això, en la situació provocada per la jurisprudència constitucional actual, que torno a dir que no és la més desitjable, entenc que el legislador català podria establir especialitats procedimentals en els procediments ordinaris recollits en la Llei d'enjudiciament civil. En principi, no crec que hagués de crear un procediment *ex novo*, perquè, com he comentat abans, qualsevol procediment, sempre que tingui unes mínimes garanties, pot servir per a què el jutge faci la seva feina, sigui quina sigui la pretensió discutida. I els procediments de la Llei

68. AMERICAN LAW INSTITUTE, «ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure», *Discussion Draft*, núm. 2 (12 abril 2001).

69. Vegeu Federico CARPI, «La orden europea de pago: entre eficacia de la tutela y garantías de la defensa», *Tribunales de Justicia*, 2003, p. 1 i seg.

d'enjudiciament civil, tot i que són francament millorables, tenen aquestes garanties i serveixen per a conèixer de qualsevol matèria. Per tant, en aquestes condicions, no hi hauria cap norma de dret substantiu que necessités un procediment absolutament diferent dels establerts per la Llei d'enjudiciament civil, tot i que sí que podrien ser necessàries adaptacions freqüents.

Per consegüent, amb les possibilitats actuals de regulació processal autonòmica, *constitutione et iurisprudencia sic stantibus*, de les tres opcions que dèiem al principi d'aquest treball, la que sembla més factible és la segona, és a dir, que el legislador autonòmic podrà introduir especialitats procedimentals que fins i tot poden arribar a conformar un procediment especial. Tot això, però, sense arribar a construir un procediment declaratiu ordinari absolutament nou, del tot diferent a l'ordinari o al verbal de la Llei d'enjudiciament civil, o diferent absolutament dels tràmits de l'execució de resolucions judicials o d'adopció de mesures cautelars previstos en la mateixa llei.

Així, doncs, com dèiem abans, amb els condicionants constitucionals són perfectament possibles les especialitats procedimentals, sobretot en matèria de competència territorial, «legitimació» (*rectius* parts), valoració i càrrega de la prova, i fins i tot, com veurem després, també fóra possible introduir nous tràmits procedimentals on ho reclamï l'efectivitat del dret substantiu.

Un cop exposada la conclusió, cal indicar també que en aquest punt, com en d'altres, és recomanable la prudència a l'hora de legislar. Hem criticat sempre la dèria del legislador estatal de crear procediments especials o especialitats procedimentals, cosa que només contribueix a confondre tothom, partint del pensament erroni que fent això s'aconseguirà una justícia més ràpida i eficaç. El legislador autonòmic no ha d'adoptar aquest criteri mimèticament i, per tant, tampoc no ha de legislar pensant que les especialitats que ell creï seran més útils que les del legislador estatal perquè els òrgans jurisdiccionals treballaran més ràpid i més bé. El problema de la justícia és d'estructures, no pas de lleis. I, consegüentment, quan el legislador català reguli una especialitat procedimental, ho haurà de fer pensant en l'efectivitat del dret substantiu, i no pas en l'efectivitat de la justícia, que, torno a dir, depèn del bon funcionament de les estructures judicials establertes, i no de les especialitats procedimentals que s'hi estableixin.

4. NORMES PROCESSALS DEL DRET CATALÀ

Un cop revisats tots els punts anteriors, resta només examinar els preceptes de la legislació catalana que recullen especialitats processals, per tal d'analitzar sumàriament la seva adequació constitucional i la seva necessitat legislativa.

Alguns d'aquests preceptes ja s'han citat abans, i la seva explicació s'esgota en esmentar-los i identificar-los, i, de fet, les raons que en el seu moment hem donat són més que suficients per a avalar la seva constitucionalitat. D'altres són més problemàtics, i per aquest motiu els dedico aquest epígraf. Es tractaran només els preceptes en què trobem normes directament processals.

4.1. JURISDICCIO

En aquest epígraf m'haig de referir a algunes normes de dret processal la constitucionalitat de les quals pot ser discutible si es té present la jurisprudència del Tribunal Constitucional. Seguint l'esquema que he marcat abans, tractaré la jurisdicció com a concepte fonamental i com a recull de matèries que han de jutjar els tribunals en general.

Sobre el primer punt, és interessant esmentar que el dret civil català conté normes que determinen els límits de la cosa jutjada. Em referiré només, de moment, a l'article 216 del Codi de successions i a l'article 16.3 de la Llei d'associacions. El primer ens diu que les resolucions dictades en processos en què hagi intervingut el fiduciari no afectaran els fideïcomissaris «que no hagin estat citats o intervingut llevat que hi assenteixin, siguin favorables al fideïcomís o facin referència als actes que puguin realitzar el fiduciari per ell sol». L'article 16.3 de la Llei d'associacions ens diu que la declaració judicial de nul·litat de l'associació «no afecta la validesa dels actes realitzats per l'associació amb tercers de bona fe ni la dels realitzats per aquests envers l'associació».

Amb independència de l'anàlisi que mereixerien aquestes normes, en la qual no puc entrar,⁷⁰ el cert és que es regula una matèria que afecta la jurisdicció: la cosa jutjada. Podria pensar-se que la cosa jutjada és una institució purament processal, que és el que s'intueix en llegir els articles 207 i 222 de la Llei d'enjudiciament civil. I, si fos així, la legislació autonòmica en aquesta matèria estaria fora de lloc.

Malgrat la contundència del legislador estatal i que es tracta d'una qüestió molt discutida,⁷¹ la cosa jutjada no és una norma reguladora de la sentència, com

70. Sobre l'article 216 CS, vegeu Esther ARROYO AMAYUELAS, *L'estatut jurídic del curador en el Codi de successions*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2001, p. 400.

71. Vegeu Manuel ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, 4a ed., Aranzadi, 2003, p. 551; Ángel BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2000, p. 182; Marco VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 170 i 196; I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil*, p. 463; MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, p. 415; Alberto MONTÓN REDONDO, Juan MONTERO ET AL., *Derecho jurisdiccional*, vol. II, Tirant Lo Blanch, p. 439.

pretén el legislador, sinó una norma que regula l'enjudiciament,⁷² que és molt diferent. Per tant, la cosa jutjada disciplina el raonament intern del jutge a l'hora de dictar la resolució, i no la manera externa d'emetre aquest raonament, que seria allò inqüestionablement processal. Així mateix, tot i que la jurisprudència de la Sala Primera del Tribunal Suprem està coneixent actualment d'aquestes infraccions com a defecte de forma,⁷³ hem de reafirmar que es tracta d'un defecte típicament *in iudicando*.

Si això és així i el judici del jutge es veu determinat per les situacions de dret substantiu que ha de regular, no té res de particular que el legislador autonòmic concreti aquests límits en alguna d'aquestes situacions, de la mateixa manera que, per la mateixa raó, ho fa el legislador estatal respecte dels processos de consumidors, inquisitius o d'impugnació d'acords socials (art. 222.3 LEC). La regulació d'aquest punts, per tant, sempre que es derivi del dret substantiu propi, és plenament constitucional.

Passant a la segona accepció del concepte de *jurisdicció*, es plantegen més problemes quan el legislador autonòmic decideix obrir la possibilitat d'arbitratge o de mitjans alternatius de resolució de conflictes en diferents matèries. És justament el que fa en l'article 157 de la Llei de cooperatives quan preveu la possibilitat de conciliació i d'arbitratge per a les matèries pròpies de la Llei. O, en el mateix sentit, és el que fa en l'article 32 de la Llei de turisme, afegint-hi la mediació, i en la mateixa Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar de Catalunya.

Quant a la conciliació i la mediació, no crec que hi hagi cap problema perquè es legisli des de Catalunya,⁷⁴ atès que no considero que amb aquestes normes es vulneri cap competència exclusiva de l'Estat. Es tracta d'una matèria processal, certament, perquè la conciliació i la mediació són mitjans d'evitació del procés o d'acabament dels processos que ja han començat, i així són estudiades per la doctrina jurisdiccional.⁷⁵ El conflicte ja ha sorgit, i es tracta de resoldre'l per tal d'evitar que la jurisdicció estatal hi intervingui.

Tanmateix, anant a la *ratio* del precepte constitucional, s'ha de reconèixer que aquestes institucions no comprometen en absolut l'exercici de la jurisdicció

72. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, p. 839; Jorge NIEVA FENOLL, *El recurso de casación*, p. 180.

73. Interlocutòries de Tribunal Suprem de 27 de novembre de 2001 (RJ 2002/244), FD 3, i 22 de gener de 2002 (RJ 2002/1904), FD 3.

74. Com s'ha fet des d'altres comunitats i, en canvi, no des de l'Estat.

75. J. MONTERO AROCA ET AL., *Derecho jurisdiccional*, vol. II, *Proceso civil*, València, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 145; Silvia BARONA VILAR, *Solución extrajudicial de conflictos: «Alternative dispute resolution» (ADR) y derecho procesal*, València, Tirant Lo Blanch, 1999.

estatal, ni de bon tros posen en perill la «necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales». A més, hi hauria molts privatistes que discutirien la naturalesa jurídica d'aquestes institucions. Atès que són matèries derivades del dret substantiu propi de Catalunya, veig molt difícil, tenint presents totes aquestes dades, que el Tribunal Constitucional es decidís per declarar la inconstitucionalitat d'aquestes normes, que, per cert, són molt beneficioses per a l'alleujament de l'enorme volum d'assumptes pendents davant dels tribunals, la qual cosa és del màxim interès de l'Estat.

La qüestió de l'arbitratge és molt més delicada. Tenim jurisprudència constant del Tribunal Constitucional⁷⁶ que descarta aquesta possibilitat per part del legislador autonòmic, com hem vist abans. Però, malgrat aquesta jurisprudència, que penso que ha de ser revisada profundament, no crec que es pugui impedir legítimament que el legislador autonòmic estableixi arbitratges, si més no si ho fa dintre dels paràmetres establerts per l'article 2 de la Llei estatal d'arbitratge (LA).⁷⁷

En aquesta llei, entenc que el legislador estatal esgota la seva competència exclusiva en aquesta matèria⁷⁸ i permet que les parts celebrin arbitratges en totes les matèries civils, llevat de les esmentades per aquell precepte, i també que encarreguin aquests arbitratges a «corporacions de dret públic» (art. 14 LA). Des d'aquest punt de vista, literal i teleològic, de la Llei d'arbitratge, la jurisprudència del Tribunal Constitucional no és comprensible ni amb la llei antiga ni amb la nova, perquè és impossible que el fet de seguir el que ha interpretat el mateix Estat en redactar la Llei estatal pugui afectar la competència exclusiva de l'Estat, per raons de pura lògica.

Les lleis catalanes, a més, han establert l'arbitratge, òbviament voluntari, en àmbits com ara el turisme i les cooperatives, o les successions,⁷⁹ que no tenen res a veure amb les matèries excloses d'arbitratge per l'article 2 LA. Per tant, les lleis catalanes són plenament constitucionals. I, fins i tot si es discutís si aquestes lleis entren o no dintre del títol competencial de la comunitat autònoma, sempre es podria dir que l'única cosa que fan és desenvolupar la Llei d'arbitratge, l'antiga de 1988 i l'actual, sense més. I si, fins i tot, si arribés el cas, algun d'aquests arbitratges afectés matèries excloses d'arbitratge en un cas concret, sem-

76. STC 15/1989, de 26 de gener, FJ 9; STC 62/1991, de 22 de març, FJ 5; STC 196/1997, de 13 de novembre, FJ 12.

77. El número del precepte coincideix en la Llei 36/1988, de 5 de desembre, derogada recentment, i en l'actual de 2003.

78. Vegeu la disposició final segona de la Llei d'arbitratge.

79. Art. 58.2 CS: «La partició arbitral té lloc quan l'arbitratge ha estat instituit per la voluntat del testador d'acord amb la llei, o de comú acord entre tots els cohereus.» A més, en aquest cas l'article 7 de la Llei d'arbitratge confirma plenament aquesta possibilitat.

pre quedaria el recurs d'anul·lació (art. 41e LA) per a fer respectar la competència estatal, tot i que indirectament, però no es plantejaria cap mena de problema competencial entre Estat i comunitat autònoma.

Per aquest motiu, em ratifico en l'afirmació que la jurisprudència del Tribunal Constitucional en aquest punt ha de ser revisada, ja que pot provocar la ineficàcia de la normativa estatal, almenys quant a l'arbitratge institucional.

4.2. NORMES PROCESSALS IMPRESCINDIBLES PER A LA FUNCIONALITAT I EL MANTENIMENT DE L'ESPERIT DEL RÈGIM SUBSTANTIU

A primera vista, pot semblar que les normes que esmentarem aquí, indubtablement processals, ultrapassen els marges de la competència autonòmica de l'article 149.1.6 CE. En canvi, és més aviat al contrari, si recordem les paraules del constituent transcrits abans. El legislador, un cop ha establert el dret substantiu amb tot un seguit de principis i garanties, ha de tenir les eines processals perquè pugui ser tutelat pels tribunals sense haver de mirar necessàriament el que diu la Llei d'enjudiciament civil, atès que l'efectivitat del règim substantiu autonòmic no pot quedar pendent dels canvis legislatius que en matèria processal faci el legislador estatal, sense cap mena de consideració per les normes autonòmiques. És aquest àmbit, per tant, el que té una coherència total amb la voluntat del constituent quant al fet que les especialitats processals es deriven directament del règim substantiu i, per tant, del seu esperit.

Entre molts altres exemples que es podrien enunciar, no ha d'estranyar que l'article 134 del Codi de família obligui el jutge a escoltar els majors de dotze anys per tal d'adoptar mesures per a protegir els fills, o bé que l'article 183, també del Codi de família, obligui certes persones, incloent-hi el ministeri fiscal, a promoure la constitució de la tutela. En l'article 254 del mateix cos legal trobem disposicions similars en relació amb les mesures de protecció del menor o de l'incapaç que ha d'adoptar el jutge d'ofici, o bé amb la intervenció judicial en cas d'internament urgent (art. 255 CF). O fins i tot podria fer-se esment de l'article 2 del Codi de successions, que, en establir un fur de competència territorial completament lògic per a facilitar les actuacions judicials successòries,⁸⁰ matisa el fur de competència territorial improrrogable de l'article 52.4 LEC, amb la qual cosa garanteix que, si mai canvia el criteri del legislador estatal i es reforma la Llei d'enjudiciament civil en aquest punt, almenys restarà el fur de l'ar-

80. «El jutge competent en matèria successòria és el del darrer domicili del causant i, a manca de l'últim domicili conegut, el del lloc on es trobin la major part dels béns.»

ticle 2 en matèria successòria, matèria que forma part del dret propi de Catalunya. En quina mesura aquestes normes substitueixen del tot —com sembla— o en part la regulació estatal, no em correspon jutjar-ho en aquest treball.

Trobem altres casos semblants en l'article 25 de la Llei de fundacions, que estableix la legitimació i els terminis per a impugnar els acords i els actes de la fundació, o en els articles 38, 45, 46, 47 i 158 de la Llei de cooperatives, on s'estableixen algunes especialitats procedimentals, algunes de les quals no són més que remissions directes al règim de la Llei d'enjudiciament civil. Totes aquestes normes ajuden a mantenir la filosofia i els principis expressats en les lleis substantives i, per tant, són plenament constitucionals, tot i que alguna d'aquestes, com ara la fixació dels terminis per a exercir les accions (art. 38), serien potser considerades inconstitucionals pel Tribunal Constitucional si se seguís la jurisprudència (crec que poc encertada) de la STC 173/1998, de 23 de juliol (FJ 16a).⁸¹ I crec que aquesta sentència és poc encertada perquè la fixació de terminis no compromet en absolut la uniformitat dels instruments jurisdiccionals, ni de bon tros afecta la tutela judicial efectiva, com ha pretès el Tribunal Constitucional, sinó que simplement marca els temps per a fer efectius els drets que atorga la llei substantiva, seguint criteris de seguretat jurídica que són propis del dret substantiu, com ara la fixació dels acords que adoptin la fundació o la cooperativa. I, a més, ho fa en l'àmbit de la llei autonòmica i no interfereix en matèries de dret substantiu estatal.

4.3. NORMES SOBRE LA NUL·LITAT DE MATRIMONI, LA SEPARACIÓ I EL DIVORCI

Encara que pugui semblar el contrari, el Codi de família no estableix un procediment especial per a les matèries esmentades, paral·lel a l'establert en la Llei d'enjudiciament civil. Les especialitats, encara que puguin semblar de dret pro-

81. «Del mismo modo, el segundo inciso excede de la competencia del legislador autonómico. Que la acción de impugnación caduque a los cuarenta días naturales, contados a partir de un determinado momento, es una prescripción que sólo puede adoptar el legislador procesal, no el legislador competente en materia de asociaciones. No se trata de fijar el plazo de ejercicio de un derecho creado por las leyes de la Comunidad Autónoma, como pudiera ser un derecho de tanteo o retracto sobre determinado bien sito en su territorio y sujeto a su competencia material (STC 156/1995, fundamentos jurídicos 5 y 6). Se trata de fijar un plazo temporal que limita el acceso a los Tribunales, y por ende atañe al núcleo del derecho fundamental de acceso a la justicia (STC 37/1995), que cae de lleno en la competencia de las Cortes Generales sobre la legislación procesal (art. 149.1.6 C.E.). Por consiguiente, el segundo inciso del art. 12.3 es inconstitucional y nulo.»

cessal, són en la majoria dels casos clarament de dret civil, com, per exemple, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar (art. 83 CF). O bé es tracta de normes civils incloses en la llei processal espanyola, per la simple comoditat de tenir la major part del règim establert en un mateix lloc, com ara totes les màximes d'experiència que el Codi dóna al jutge perquè aprovi el conveni (art. 78 CF), o per a decidir sobre la cura dels fills (art. 82 CF), o el fet que calgui aportar un conveni per a poder obtenir la separació (art. 77 CF), i que el jutge resoldrà sobre els seus continguts a falta d'un conveni vàlid (art. 78.2 i 79.1 CF). Però això no canvia la naturalesa jurídica d'aquestes normes. Pel que fa a l'establiment dels límits de la cosa jutjada de la sentència (art. 80.1 CF), tot i que es tracta d'una qüestió amb rellevància processal, ja hem vist que deriva del dret material i que, a més, és absolutament obvi, atès que qualsevol sentència manté la seva vigència mentre no canviïn les circumstàncies que regula.

L'única norma que planteja dubtes, en aquestes condicions, és l'establert en l'article 79.2 CF,⁸² que, en cas de discrepància sobre el contingut del conveni entre les parts, preveu la mediació si el jutge ho decideix. El problema no és que la Llei doni la possibilitat de la mediació, sinó que això comporta, *lite pendente*, una suspensió de la jurisdicció de naturalesa clarament processal i, a més, que ha de decidir el mateix jutge, com confirma l'article 22.2 de la Llei de mediació familiar.

Realment, es podria pensar que, atès que Catalunya ha legislat sobre mediació familiar i, per tant, que aquest tipus de mediació és característica del nostre dret propi, no hi hauria d'haver cap obstacle perquè es desenvolupés la possibilitat de mediació que potser més perspectives d'èxit té: la que pot imposar el jutge mateix. Fins i tot podria ser favorable per a l'economia processal.

Obviament, això anterior seria l'argument a favor, però hem de reconèixer que es tracta d'un argument feble. La mediació familiar podria, certament, desenvolupar-se més ràpidament si el jutge tingués aquesta possibilitat. Però això no vol dir que a la mediació li calgui aquesta possibilitat per a desenvolupar-se. És a dir, difícilment aquest precepte podria entrar dintre de les fronteres de l'article 149.1.6 CE, sobretot si tenim present que es tracta d'una mediació forçosa per a les parts i que impedeix a aquestes el seu dret de prosseguir el procés de separació o de divorci encara que no hi hagi acord, la qual cosa pot alentir l'acabament del procés si la voluntat d'acord, tot i el que pensi el jutge, és nul·la.

82. «Article 79. *Manca de conveni regulador* [...] 2. Si, ateses les circumstàncies del cas, l'autoritat judicial considera que els aspectes indicats en l'article 76 encara poden ésser resolts mitjançant acord, pot remetre les parts a una persona o una entitat mediatadora amb la finalitat que intentin resoldre les diferències i que presentin una proposta de conveni regulador, a la qual, si s'escau, s'aplica el que disposa l'article 78.»

Tot això podria plantejar problemes evidents fins i tot des del punt de vista del dret a la tutela judicial efectiva, en el qual ara no puc entrar, i per això em limito a esmentar els punts febles d'aquest precepte.

4.4. PROCEDIMENT ESPECIAL DE FILIACIÓ

No cal amagar que el legislador català del Codi de família ha construït en aquesta matèria un autèntic procediment especial de filiació que té el seu esquema bàsic en el procediment de la Llei d'enjudiciament civil (art. 764-768), però que va més enllà en algunes qüestions. I les especialitats són tantes que podríem parlar, efectivament, d'un procediment especial de filiació català.

Aquestes especialitats, les trobem en matèria de legitimació (art. 96 i 99), acumulació de pretensions (art. 105), prova (art. 94, 98, 101 i 111), cosa jutjada (art. 102) i mesures cautelars (art. 100). No haig d'entrar en aquest treball en les discrepàncies entre la legislació estatal i la legislació autonòmica,⁸³ sinó senzillament en la determinació de si és possible una legislació processal catalana sobre filiació en els punts assenyalats.

Quant a la legitimació i les mesures cautelars, em remeto a la postura que he expressat en el seu moment, favorable a la legislació catalana en aquestes matèries, amb els límits que he indicat en l'epígraf corresponent,⁸⁴ que segons el meu parer han estat respectats. Pel que fa a l'acumulació de pretensions (art. 105),⁸⁵ només voldria assenyalar que el que ha fet la Llei és recollir el que ja poden fer les parts a l'empara de la Llei d'enjudiciament civil (art. 73). I si les parts tenen aquesta possibilitat, sens dubte l'ha de tenir el legislador català. A més, raons de mera economia processal avalen la norma autonòmica. I crec que, si mai el legislador estatal prohibís aquest tipus d'acumulació, s'hauria de declarar subsistent a Catalunya en benefici de l'efectivitat de la Llei de filiació catalana, que depèn, lògicament, de la correcció del procediment que s'hi estableixi.

Pel que fa a les especialitats en matèria de prova, l'únic que fan gairebé tots els preceptes del Codi de família és donar màximes d'experiència al jutge perquè construeixi les presumpcions de paternitat. Són preceptes, doncs, absolutament constitucionals des del punt de vista que hem vist en el seu moment: el le-

83. Per exemple, la discutida qüestió de si és necessari, segons el dret català, un principi de prova per a admetre la demanda, com exigeix l'article 767 de la Llei d'enjudiciament civil.

84. Vegeu els epígrafs 2.3.2 i 4.

85. «Article 105. *Acumulació de pretensions.* L'exercici de l'acció de reclamació de filiació permet l'acumulació de l'acció d'impugnació de la filiació contradictòria. En tot cas, és preminent el règim jurídic de l'acció de reclamació.»

gislador, quan construeix una presumpció legal, reflecteix la màxima d'experiència que més el convenç per tal que el jutge tingui un criteri per a decidir. En la mesura que la màxima reflecteixi situacions regulades pel dret substantiu, com és el cas, no hi ha cap inconvenient per a establir aquestes presumpcions.

Les úniques excepcions a aquesta línia, les trobem en els articles 98 i 111 CF, que estableixen prohibicions probatòries en matèria de fecundació assistida, però que són absolutament lògiques per a la subsistència pacífica d'aquesta pràctica mèdica i que, a més, deriven directament de la legislació substantiva catalana sobre aquesta matèria.

Les úniques normes que plantegen dubtes, les trobem en l'article 102 CF i en la disposició transitòria tercera del mateix codi.

Aquests preceptes tracten qüestions relatives a la cosa jutjada. L'article 102 CF estableix l'eficàcia de la sentència de filiació, que s'imposa a qualsevol altra que intenti discutir-la en el futur. I la disposició transitòria tercera, en canvi, ens diu tot el contrari, és a dir, que les sentències dictades a l'empara de la legislació anterior al Codi de família poden ser discutides per fets o proves que reconeix el Codi i que no reconeixia la legislació anterior.

No discutiré l'oportunitat intrínseca d'aquestes normes, però no crec que estigui a les mans del legislador autonòmic fixar els límits de la cosa jutjada en aquests casos, perquè, tot i que aquesta fixació podria ser lògica, no té res a veure amb el dret substantiu, sinó que té a veure amb la seguretat jurídica dels pronunciaments judicials en general.

Si el legislador s'hagués limitat a marcar els límits de la cosa jutjada d'acord amb els paràmetres habituals, com succeïa en els processos matrimonials, la regulació no tindria cap inconvenient des de la perspectiva del dret processal. Però, en establir, ni més ni menys, que la cosa jutjada d'aquestes sentències és immutable (art. 102 CF)⁸⁶ i que la cosa jutjada de les sentències dictades a l'empara de l'antiga llei és discutible (DT 3a CF),⁸⁷ crec que la norma pot estar fora dels límits constitucionals de l'article 149.1.6 CE. A més, en aquest cas és e vident que els preceptes poden posar en perill la uniformitat dels instruments jurisdiccionals en un punt tan rellevant com el de la cosa jutjada, encara que

86. «Article 102. *Filiació contradictòria*. 1. La determinació de la filiació no té cap mena d'efectes mentre n'hi ha una altra de contradictòria. 2. No es pot reclamar una filiació que en contradigui una altra que hagi estat determinada per sentència ferma.»

87. Disposició transitòria tercera. «*Relativa a la filiació* [...] 3. Les sentències fermes sobre filiació dictades a l'empara de la legislació anterior no impedeixen que es pugui exercir de nou l'acció que es fonamenti en una norma que estableix aquest Codi o en un fet o una prova només admissible a l'empara d'aquest.»

l'article 102 CF digui el mateix que l'article 764.2 de la Llei d'enjudiciament civil, perquè ja hem vist abans que aquesta no era la qüestió, com ha afirmat reiteradament el Tribunal Constitucional.

5. MATÈRIES QUE NECESSITEN UNA REGULACIÓ PROCESSAL CATALANA

Tot i que, com hem vist, el dret processal català ja té algunes normes, continua mancant molta més regulació per a donar resposta a alguns problemes que planteja el dret substantiu. Només voldria exposar-ne alguns exemples per a concloure el treball.

Una d'aquestes mancances, la trobem en l'article 37 del Codi de successions, que regula el benefici de separació de patrimonis. Aquest article no estableix el més que necessari règim processal d'aquesta figura, que només amb molta cura i dedicació ha aconseguit salvar la doctrina⁸⁸ de manera provisional amb els preceptes de la Llei d'enjudiciament civil. Especialment, hi manca la regulació de la crida als creditors de l'hereu, interessats lògicament en el procediment, llacuna evident que només una sempre insegura informació a través de l'article 150.2 LEC podria solucionar d'alguna manera.

Una altra mancança que trobo particularment rellevant és la del procediment per a fer efectives les pretensions derivades de la Llei d'unions estables de parella. Tot i que algun autor ha vist una norma processal en la disposició addicional d'aquesta llei i fins i tot ha al·legat la seva inconstitucionalitat a l'empara de la jurisprudència constitucional,⁸⁹ el cert és que aquesta regulació no existeix, perquè una simple remissió a la Llei d'enjudiciament civil no és cap regulació. I crec que resulta obvi que el procediment ordinari d'aquesta llei, sense més, no és ni de bon tros el cabal més adient per a les pretensions que s'han de discutir.⁹⁰

88. Esther ARROYO AMAYUELAS, «El benefici de separació de patrimonis en el dret civil català», *RJC*, núm. 3 (2000), p. 661 i seg.

89. Luis-Andrés CUCARELLA GALIANA, «Problemas procesales que plantean las leyes autonómicas de parejas de hecho», *Tribunales de Justicia*, 2003, p. 2 i seg.

90. Sobre aquesta matèria, vegeu Jaume SOLÉ RIERA, «Disposició addicional», a EGEA i FERRER (dir.) i LAMARCA i RUISÁNCHEZ (coord.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, 2000, p. 1248-1250; Francesc Xavier PEREDA GÁMEZ, «L'aplicació de la Llei d'unions estables de parella», a VILLAGRASA i HERNÁNDEZ MORENO (coord.), *El Codi de família y la Llei d'unions estables de parella: Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998 del Parlament de Catalunya*, Madrid, 2000, p. 391 i seg.

També caldria alguna regulació específica respecte a l'*exceptio plurium concubentium*⁹¹ de l'article 101 del Codi de família. És clar que en aquest procés no es declara la paternitat del tercer, però per a aconseguir la determinació definitiva de la paternitat en interès del fill fóra molt beneficiós que aquesta paternitat es pogués declarar en el mateix procés, per a la qual cosa caldria fer la corresponent crida al tercer per tal que hi pogués comparèixer i pogués defensar-se. S'afavoriria enormement l'economia processal si es pogués arribar a arbitrar alguna mena de procediment semblant al previst en l'article 14.2 de la Llei d'enjudiciament civil.

91. Vegeu María Corona QUESADA GONZÁLEZ, *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad: la exceptio plurium concubentium*, Madrid, Tecnos, 1993.

