



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Lorca Navarrete, Antonio María

El derecho procesal como sistema de garantías

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVI, núm. 107, mayo - agosto, 2003, p. 0

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710704>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# EL DERECHO PROCESAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Antonio María LORCA NAVARRETE\*

**RESUMEN:** El autor parte de la consideración de que la actividad jurisdiccional, objeto del derecho procesal, debe ser entendida como juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De esta forma, el autor analiza al derecho procesal como un sistema de garantías que tienden a lograr la tutela judicial efectiva. En primer lugar, el autor analiza los conceptos de derecho procesal y proceso. Estos conceptos los relaciona con diversas disposiciones establecidas en la Constitución española, para destacar las garantías que se derivan de la exigencia de juzgar y ejecutar lo juzgado. Posteriormente, expone el tema de la garantía procesal como compromiso constitucional y su naturaleza dinámica. Finalmente se refiere al debido proceso como una realidad sustantiva que incide en la prestación del servicio público de la justicia.

**Palabras clave:** derecho procesal, garantías procesales, sentencias, función judicial, justicia, debido proceso legal.

**ABSTRACT:** The author's point of departure is the consideration that the judicial function, which is the object of Procedural Law, has to be understood as the activity of making judicial decisions and of executing those decisions. In this way, he analyzes the branch of the law that is known as Procedural Law as a system of guarantees that seek to achieve an effective judicial protection. In the first place, the author examines the concepts of Procedural Law and process. Then he relates these two concepts with diverse rules established in the Spanish Constitution, in order to stress the guarantees derived from the obligation to render judicial decisions and to execute them. Later on, he explains procedural guarantees as a constitutional commitment, as well as their dynamic nature. Finally, the author refers to the due process principle as a substantive reality that has an impact on justice administration seen as a public service.

**Descriptors:** procedural law, procedural guarantees, judgments, judicial function, justice, due process of law.

\* Doctor y catedrático en derecho procesal de la Universidad del País Vasco. Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal y de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA).

SUMARIO: I. El derecho procesal como ordenamiento de la función jurisdiccional. Tratamiento doctrinal de su conceptuación como sistema de garantías. II. El proceso como sistema de garantías. III. La garantía procesal. IV. La garantía procesal es compromiso constitucional. V. La proyección práctica de la metodología constitucional. El compromiso constitucional del proceso y su planteamiento rupturista. VI. El debido proceso sustantivo.

### I. EL DERECHO PROCESAL COMO ORDENAMIENTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. TRATAMIENTO DOCTRINAL DE SU CONCEPTUACIÓN COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

El derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico que tienen por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional.

Definida la jurisdicción en los artículos 117 de la Constitución española (CE) y 2 de la Ley que contiene la normativa por la que se rige el Poder Judicial español (LOPJ) como potestad, el ejercicio de ésta se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de juzgados y tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la ley.

El derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación del artículo 24 de la CE, en orden a lograr la tutela judicial efectiva, y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia.

Cuando el derecho procesal regula el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se está primando el sistema de garantías que contiene, no siendo afortunado señalar que el derecho procesal contempla, fundamentalmente la aplicación ---vertiente instrumental--- a través de su

normativa específica, del ordenamiento jurídico ya sea civil, laboral, penal, o en fin, contencioso-administrativo.

El derecho procesal no es un subsistema. En el sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias. Arroyo Mena, en cambio, se sitúa en una conceptuación instrumental del derecho procesal propia de un subsistema ausente de autonomía.<sup>1</sup>

El derecho procesal desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo. De ahí que también el derecho procesal sea el derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad.

La conceptuación instrumental del proceso posee incluso un tratamiento metodológico personalizado en la doctrina procesal. En efecto, la instrumentalización del proceso se ha hecho derivar hacia sucedáneos acientíficos y faltos de rigor técnico, propiamente para justificar esa instrumentalidad al conceptuarse a aquel (el proceso) como instrumento de satisfacción (de satisfacción jurídica, se entiende).

Surge así la llamada “teoría de la satisfacción jurídica” del proceso, propuesta por Fairén Guillén en la que configura el proceso como instrumento de satisfacción jurídica.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Es equívocamente perceptivo preterir totalmente las posiciones doctrinales ancladas aún en esa consideración instrumental del derecho procesal. Paradigmática manifestación de esa consideración es la que mantiene, absolutamente errada, Arroyo Mena cuando señala que “el concepto de proceso es uno de los esenciales del derecho procesal, viiniendo a construir el eje alrededor del cual se desenvuelven los distintos principios e instituciones procesales”. Y añade, “de las diferentes teorías que consideran al proceso como un instrumento destinado a la actuación de los derechos subjetivos de los particulares, bien como un instrumento para la actuación de la ley o derecho objetivo, o bien como un instrumento que tiende a conseguir la eficacia de los derechos subjetivos mediante la actuación de la ley, podemos definir el proceso como ‘instrumento (otra vez se alude a instrumento) constituido por una serie de actos por los que mediante su atribución a un órgano estatal se pretende la resolución de un conflicto de intereses a través de la actuación del derecho objetivo’”. Arroyo Mena, C., “Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso laboral”, *La Ley*, núm. 4211, 1997.

<sup>2</sup> Dice Fairén Guillén que: “1. La expresión ‘satisfacción’ se halla de modo muy copioso en las obras jurídicas; tómese una ley, un tratado, un comentario; óigase a un abogado en una audiencia; léase una sentencia. Allí se utilizará frecuentemente nuestra expresión. Pero no es muy abundante el número de autores que, sin perjuicio de utilizar el sustantivo, el verbo, o el verbo sustantivado, se ha detenido a examinar su posible contenido desde el punto de vista jurídico... 2. Interesa, ante todo, contemplar la expresión ‘satisfacción’ desde

La metodología del instrumento (con independencia de su carácter concupiscentemente jurídico justificado en la “satisfacción”) quizás o seguramente alcance su propuesta más sublime (cercana al paroxismo), en Montero Aroca (seguida por Valencia Mirón) para el cual el proceso “es un instrumento necesario”.<sup>3</sup>

el punto de vista gramatical. El Diccionario de la lengua española, 18a. ed., Real Academia de la Lengua Española, 1956, le da las siguientes acepciones, que son de interés para nosotros: 1. Acción y efecto de satisfacer o satisfacerte. Esta es la acepción-clave de nuestra construcción jurídica. 2. Una de las tres partes del sacramento de la penitencia, que consiste en pagar —dice— con obras de penitencia la pena debida por nuestras culpas. 3. Razón, acción o modo con que se sosiega y responde enteramente a una queja, sentimiento o razón. 4. Presunción, vanagloria. ‘tener mucha satisfacción de sí mismo’. 5. Confianza o seguridad del ánimo. 6. Cumplimiento del deseo o gusto. Y en cuanto al verbo ‘satisfacer’: 1. Pagar enteramente lo que se debe. 2. Hacer una obra que merezca el perdón de la pena debida. 3. Aquietar y sosegar las pasiones del ánimo. 4. Saciar un apetito, pasión, etcétera. 5. Dar solución a una duda o a una dificultad. 6. Deshacer un agravio u ofrenda; sosegar o aquietar una queja o sentimiento. 7. Premiar enteramente y con equidad los méritos que se tienen hechos. 8. Vengarse de un agravio. 9. Volver por su propio honor, que estaba ofendido, vengándose u obligando al ofensor a que deshaga el agravio. 10. Aquietarse y convencérse con una eficaz razón de la duda o queja que se había formado. Las diversas acepciones que el diccionario nos suministra, nos dan la pauta para explicar el doble sentido procesal que daremos a la expresión: En efecto, se trata de la ‘acción y efecto de satisfacer’, esto es, de una idea dinámica —la ‘acción’, el ‘modo’—, idea dinámica, evolutiva, actividad ocasionada a satisfacer, ‘dar solución’, como también dice el diccionario, el ‘deshacer una duda o agravio’. Pero también se trata del resultado de esta actividad, idea estática: ‘razón, modo o acción con que se sosiega y responde a una queja, sentimiento o razón contraria’ y como resultado final, el ‘efecto’, el ‘sosiego y aquietamiento’, etcétera. De aquí se induce que podemos aplicar al proceso la aceptación dinámica de la satisfacción, que progresivamente se va alcanzando por diversos ‘modos’ de ‘actuar’ —el proceso como un tender a un efecto—, en tanto que será al final del proceso en donde hallaremos el ‘efecto de satisfacerte’. La primera acepción es, pues, la constitución de la satisfacción; la segunda, la satisfacción ya conseguida, el sosiego, el aquietamiento. Pues bien, en el momento en que alcancemos este momento, el proceso ha terminado; el estado de satisfacción se contempla como su final y a partir de tal momento, nuestra perspectiva se pierde en el campo del derecho material, del cual provino como primitivo estado de ‘insatisfacción’ o ‘descontento’”. Véase Fairén Guillén, “El proceso como función de satisfacción jurídica”, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, núm. 1, 1969, pp. 18, 21 y 22.

<sup>3</sup> Montero Aroca dice: “...atendiendo en primer lugar a la naturaleza o a qué es el proceso, la respuesta es simple: el proceso es un instrumento necesario. Si los órganos dotados de jurisdicción han de cumplir la función de actuar el derecho objetivo en el caso concreto, que es la señalada constitucionalmente, y si no pueden hacerlo de modo instantáneo, necesitan realizar —dice— una serie de actividades sucesivas en el tiempo, cada una de las cuales es consecuencia de la anterior y presupuesto de la siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este, por tanto, es el medio jurídico, el instrumento con el que los órganos jurisdiccionales cumplen la función asignada por la Constitución”. En la misma propuesta se ubica Valencia Mirón. Montero Aroca, J., Introducción al proceso laboral, Barcelona, 1994, p. 49. Valencia Mirón, A. J., Introducción al derecho procesal, Granada, 1998, p. 285.

## II. EL PROCESO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Si se contempla el derecho procesal desde una vertiente exclusivamente instrumental, se antepondría en su estudio su finalidad práctica; esto es, la actuación del ordenamiento jurídico, pasando a un lugar secundario su más importante y primario contenido sustantivo como ordenamiento jurídico, consistente en hacer posible la función jurisdiccional a través de un sistema de garantías procesales que haga posible, en todo momento e hipótesis de patología, la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) a través del debido proceso sustantivo.

El ámbito funcional del ejercicio de la jurisdicción es procesal. No es, en cambio, procesal el ámbito de potestad (jurisdiccional) de ese ejercicio relativo al Poder Judicial o jurisdicción.

La “potestad jurisdiccional” implica una acepción constitucional de la jurisdicción, mientras que su desarrollo, a través de la “función jurisdiccional”, es ya procesal.

Por esto, “potestad” no es lo mismo que “función jurisdiccional”, y con base en este planteamiento no es técnicamente correcto reconducir el derecho jurisdiccional o derecho de la jurisdicción hacia el derecho procesal como hace cierto sector doctrinal encabezado por Montero Aroca. Y, por lo tanto, el derecho procesal no es un derecho jurisdiccional.<sup>4</sup>

El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional. Es el garantismo procesal.

El garantismo procesal supone la conceptuación del proceso de la función jurisdiccional como una realidad sustantiva ajena a su

<sup>4</sup> No es derecho procesal el ámbito de potestad (jurisdiccional) que afecta a la función (jurisdiccional) al justificarse en el Poder Judicial o jurisdicción. Pero no en la función. Montero Aroca dice: "...resulta que el derecho procesal no es sólo el derecho del proceso, pues éste no es el único ni el más importante concepto de aquél, a pesar de lo cual la tradición llega al sector mayoritario de la doctrina española a seguir hablando de derecho procesal. Ahora bien, si se trata —dice— de identificar a una rama jurídica, atendiendo a su concepto principal, que es el Poder Judicial o jurisdicción, y no a un concepto subordinado, que es —dice— el proceso, dígase de una vez: derecho jurisdiccional". Montero Aroca, J. et al., Derecho jurisdiccional, t. I: Parte general, 9a. ed., Valencia, 1999, p. 23.

caracterización instrumental, y atemporal. El garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora.

### **Surge así la conceptuación del proceso como sistema de garantías procesales**

Esta conceptuación es rupturista con el procesalismo pretérito porque no surge vinculada al débito del *solemnis ordo iudicarius* que finalmente adoptaron la Ley procesal civil española (LEC) de 1855 y su descendiente legítima la LEC de 1881 siguiendo la senda marcada por la partida III que finalmente queda enterrada tras la vigente LEC aún cuando puedan existir esfuerzos de pseudojuristas teóricos y rábulas por resucitarla.

Sin ningún tipo de reserva, Hinojosa Segovia alude a que la LEC de 1881 fue el “fruto de una ideología medieval”.<sup>5</sup>

El proceso como sistema de garantías supone otorgar al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional una respuesta constitucional sustantiva, procesal y de “aquí y ahora”, respecto de éste (y no otro) concreto momento constitucional, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común procedimentalismo de las leyes de enjuiciamiento.

La interpretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea

<sup>5</sup> Dice Hinojosa Segovia que “el principal texto regulador del proceso civil en España... data de hace más de un siglo. Fue aprobada el 3 de febrero de 1881, fruto —dice— de una ideología medieval, reforzada por la preocupación liberal dominante en la época de su creación. La Ley de Enjuiciamiento Civil (alude a la LEC de 1881) nació arcaica, en cuanto a su ideología, e imperfecta, en cuanto a su contenido: basada en la equivocada división entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, adolecía... de falta absoluta de un criterio sistemático de exposición y del más elemental repertorio de institutos jurídico-procesales (se omite en ella, por ejemplo, el de pluralidad de partes, el de allanamiento o el de cosa juzgada), entre otros conocidos defectos”. Hinojosa Segovia, R., “La nueva ley de enjuiciamiento civil española”, Revista de Derecho Procesal, 2000, t. 2, p. 377.

más conforme con el principio *pro actione* y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela, de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad—principio de proporcionalidad— entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva resulta vulnerado.

Las exigencias constitucionales del ejercicio funcional de la jurisdicción (garantismo constitucional de la norma procesal),<sup>6</sup> se hallan particularmente aseguradas en su aplicación en nuestra CE, a través de la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional en orden a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la CE).

Pero, el camino que evidencia la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional ---la metodología--- tiende hacia la atomización a través de la técnica adjetiva del procedimiento.

Y así, mientras que las garantías del debido proceso sustantivo de la función jurisdiccional ---sustentadas en el método constitucional--- son esencialmente uniformes, no ocurre lo mismo con las técnicas adjetivas que las leyes de procedimiento utilizan para tipificar el procedimiento.

Por ello, los problemas no existen tanto en la metodología de alcance sustantivo constitucional, sino más bien en la procedimental. Mientras la primera responde al esquema de las garantías constitucionales “de aquí y ahora” de un servicio público de la justicia, en cambio no ocurre lo mismo con la metodología de apoyo procedural. Es la metodología que sobre el garantismo procesal expuse en 1988-1989.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> La SCT 51/1985, de 10 de abril —Cfr. BJC 1985-49, pp. 543 y ss.— alude a “derechos constitucionales de contenido procesal”.

<sup>7</sup> Al garantismo, aludí por primera vez en 1988 con ocasión de mi proyecto docente de la plaza de catedrático de derecho procesal en la Universidad del País Vasco, y que un año más tarde plasmé en letra impresa en mi libro *El problema de la administración de justicia*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989. Decía: “...la garantía o garantías que a los ciudadanos oferta la Constitución, por una serie de factores que no vienen al caso, es o son nuevas, no tanto porque desde la perspectiva procesal no existieran, que sí existían, aunque en ocasiones en situaciones de claro abandono, sino porque por desgracia una Cons-

Es bastante inusual encontrar en la procesalística española las posturas metodológicas decididamente garantistas. Incomprendiblemente la proyección del garantismo, como idea clave para comprender el derecho procesal, es escasamente utilizada.<sup>8</sup>

titución y además democrática sólo hasta época muy reciente se ha tenido ocasión de asumir. Por consiguiente, se trata de una novedad condicionada históricamente, pero que no por ser tardía, no deja de tener una indudable importancia desde el plano procesal. A partir de este segundo momento histórico no basta con intuir que se es o ha sido garantista sino que hay que militar en el garantismo porque en definitiva ello va a implicar el más escrupuloso respeto a la legalidad constitucional. Y esto tan evidente es un punto de partida metodológico que no debe suscitar ningún tipo de duda y que ha de implicar necesariamente la revisión en profundidad de todas nuestras leyes procesales y en gran medida, además, la realización de la ‘revolución’ pendiente en el campo del derecho procesal, porque mientras las estructuras sociales y económicas han ido asumiendo sus ‘pequeñas o grandes’ revoluciones, la estructura jurídico-procesal, el ensamblaje del proceso jurisdiccional, aun se halla pendiente de una esperada ‘revolución’ y por ello me siento desde esa perspectiva como un entusiasta revolucionario que cree en la necesidad del binomio ‘garantismo-proceso jurisdiccional’. A partir del planteamiento de ese binomio, el garantismo asume una sustantividad propia que ha de obligar al decantamiento del estudiioso del proceso jurisdiccional y a la asunción en su caso del planteamiento garantista. La razón es preciso hallarla en la primacía que asume el proceso como realidad netamente sustantiva a través de la sustantividad que le oferta la norma constitucional y que lo despoja de su carácter secundario o meramente instrumental de actuación de un ordenamiento jurídico sustantivo concreto y específico. Porque el proceso, no es forma, ni rito, ni adjetivación procedimentales; es ante todo una realidad jurisdiccional sustantiva, con apoyo primario en la CE y luego en las propias garantías que las leyes procesales establecen cuando aquéllas sean conformes con el texto constitucional. Por ello existe un ‘nuevo’ garantismo que no es el de ‘toda la vida’ (si es que este último existió alguna vez) y cuyo planteamiento justifica ya ese binomio garantismo-proceso jurisdiccional... Se trata de contraponer también ‘rito’ y ‘forma’ de contenido acrítico y apátrida, y que justifica un procedimiento atemporal y con buena acogida tanto en tiempos de monarquía, dictadura o república; con la realidad sustantiva del proceso jurisdiccional, en la medida en que este último se halla vinculado y comprometido por la realidad constitucional de aquí y ahora, y con el sistema de garantías que esa realidad comporta. Por ello, el procesalista ha de asumir el ‘compromiso constitucional’ que no es político, ya que la CE como norma suprema del Estado es apolítica. Todo lo cual abona un planteamiento rupturista y de adecuación del procedimiento al sistema de garantías que se halla recogido en la Constitución”. Lorca Navarrete, Antonio María, *El problema de la administración de justicia*, 1a. reimpr., San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1996, pp. 17 y 19.

<sup>8</sup> Quizá o seguramente antes de 1989, el garantismo comienza a formularse por Almagro Nosete. Con posterioridad, en 1990, Almagro Nosete manifestaba ya con toda claridad y precisión que todo derecho fundamental requiere una garantía jurisdiccional para que pueda ser considerado un verdadero derecho, por lo que no es suficiente la existencia de un derecho, si no cuenta con una protección o garantías jurisdiccional o procesal. De esta suerte nos encontramos con el proceso garantías del derecho, o lo que es lo mismo, con la institución como proceso que tutela a la institución como derecho. Lozano-Higuero Pinto alude también a ese tipo de garantismo cuando señala que “la concepción garantista, que entiende el derecho procesal como un derecho garante del derecho, en el que el contenido estimativo o axiológico es esencial, constituye, a nuestro juicio, una etapa ulterior, más progresiva, en la inteligencia del derecho procesal, pues permite una conexión de cada una de

En la etapa preconstitucional española se trató incluso de justificar el ámbito de proyección metodológica de la LEC de 1881 más atenta a la atomización adjetiva que a la uniformidad sustantiva del ejercicio funcional de la jurisdicción.

Esta justificación posee un hito importante en la denominada “Teoría Ferroviaria del Derecho Procesal”.

En la etapa preconstitucional se confundía el proceso con el procedimiento. No existía el proceso como realidad conceptual sustantiva. Tan sólo adjetiva; y de ahí la confusión entre proceso y procedimiento.

Para salvar la confusión, se acudió por la doctrina más autorizada (?) de la época a lo que luego se denominó “Teoría Ferroviaria del Derecho Procesal”, con la que se pretendía adjetivar al máximo la realidad conceptual denominada proceso.<sup>9</sup>

las instituciones del proceso comprendido como entramado, constelación u hontanar de valores cuya estrella polar es la noción de garantías con los valores superiores del ordenamiento jurídico”. Después de 1989, quizá o seguramente las posturas metodológicas más resueltas y sinceras en orden a favorecer el garantismo como metodología procesal, son planteadas por Ramos Méndez. En otras ocasiones, el garantismo se le puntualiza resultando en tal sentido emblemática la actitud metodológica, de Morón Palomino al aludir a puntualizaciones al garantismo, ya que el garantismo no se puntualiza; se combate metodológicamente a favor de su operatividad para que su aplicación no suscite, en ningún caso, la duda de esa operatividad a través de pretendidas puntualizaciones. Como acertadamente señala Ramos Méndez “el conjunto de garantías constitucionales que rodean el sistema procesal es ciertamente impresionante, y —dice— hay que felicitarse de que ello sea así”. Almagro Nosete, J., Constitución y proceso, Barcelona, 1984, pp. II y ss., 36 y ss., 80 y ss., 104 y ss., 235 y ss.; id., Derecho procesal, t. 1, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 25 y ss.; Lozano-Higuer Pinto, M., Introducción al derecho procesal, Madrid, 1990, p. 33; Ramos Méndez, F., El sistema procesal español, Barcelona, 1999, pp. 33 y ss.; Morón Palomino, M., Puntualizaciones sobre el garantismo, t. XI, Madrid, Universidad de la Laguna, 1993.

9 La autoría intelectual de la denominada “teoría ferroviaria del derecho procesal” se atribuye a Fenech Navarro. Según el criterio sustentado por Fenech Navarro y los fenequistas “el proceso considerado en su prístina noción es algo amorfio, sin otra característica que su propia secuencia...”, y añade “el procedimiento es al proceso lo que las instalaciones fijas son al ferrocarril... podríamos afirmar —dice— que el tren, el convoy, es el proceso, y la vía, el procedimiento”. El criterio “ferroviario” es, quizá o seguramente, seguido por De La Oliva Santos cuando señala que “entre nosotros, es Fenech —dice— el autor que traza una más profunda y clara distinción: procedimiento, viene a decir, son las normas con arreglo a las cuales, se ha de desarrollar el proceso. Así pues, procedimiento es un conjunto de reglas... relativas al proceso, que es la realidad de una serie o sucesión de actos, al servicio de la función jurisdiccional. Se apoya Fenech, no sin razón —dice— en un significado común y general del término procedimiento (‘método de ejecutar algunas cosas’) en virtud del cual, por ejemplo —sigue diciendo— el procedimiento para la obtención de la gasolina sería la descripción objetiva de las operaciones precisas, o conjunto de instrucciones, para

Frente a tan sublimes conceptuaciones del proceso y del procedimiento, aquel (el proceso) no es algo amorfo, ni un tren, ni una vía, ni un surtidor de gasolina. Es una garantía sustantiva. Contrariamente a semejantes posturas doctrinales es preciso aclarar que el proceso no es algo amorfo. Es una garantía que modela sustantividad.

### III. LA GARANTÍA PROCESAL

Las garantías de lo que, en la actualidad, se denomina función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) no han sido, históricamente, siempre las mismas.

Lo cierto es que los diversos sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia ---debe tenerse en cuenta que las dos leyes procesales civiles y penales actualmente vigentes en nuestro país utilizan el término enjuiciamiento---, no siempre se situaron ante unas estructuras procesales uniformes y razonablemente justas.

Por ello, y frente a la interrogante actual relativa a la posición del sujeto ante tales estructuras, se opone la respuesta pasada de la ubicación de ese mismo sujeto frente a su deseo de lograr un auténtico enjuiciamiento en justicia. De ahí que, la necesidad de ofertar esa respuesta para conocer aún mejor nuestro actual ordenamiento procesal, obliga, sin duda, a acudir a la historia.

Históricamente, una primera concepción que posibilitó un sistema de garantías mínimamente aceptables para los sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia, se sustentó en la

la obtención de tal producto, mientras que habría de hablarse de obtención de la gasolina para referirse a la realización de las operaciones conforme a lo previsto y preceptuado". La "teoría ferroviaria" ha tenido más adeptos. Entre quienes han dejado constancia escrita de ese continuismo, es preciso aludir a Gimeno Sendra cuando señala literalmente que "utilizando un símil pedagógico (Fenech), podría afirmarse que el procedimiento es al proceso lo que las vías del tren lo es a su locomotora y convoy; el procedimiento es el 'camino' que ha de seguir la pretensión y su resistencia hasta llegar a la sentencia definitiva, y cuyo resultado suele quedar plasmado por escrito, en lo que, en la práctica forense, se denominan los 'autos'". Fenech Navarro, M., Derecho procesal civil, Madrid, AGESA, 1980, p. 53; Oliva Santos, A. de la, Derecho procesal civil, 4a. ed., Madrid, Fundación Ramón Areces, 1996, t. I.; Gimeno Sendra, V., Derecho procesal, t. I, vol. 1: Parte general. Proceso civil (1), 2a. ed. ampliada y puesta al día el 10. de agosto de 1987, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1987, p. 217.

convicción, que entre las partes afectadas, existían derechos y obligaciones, cuya fuente era un contrato existente entre ellas.

Según este contrato, el enjuiciamiento de los derechos en conflicto implicaba una auténtica base contractual, que obligaba a aceptar la decisión judicial.

En tal sentido, la necesidad de aceptar la decisión de jueces privados en los tiempos del proceso formulario romano fue la base del contrato procesal de la *litis contestatio*.<sup>10</sup> Esta se concertaba y se refrendaba por el magistrado, el cual, con el *dare actionem* concedía la garantía de la jurisdicción.

La concepción romana de las garantías, que ofrecía el proceso, fue elaborada en la Edad Media y dominó el panorama doctrinal hasta mediados del siglo XIX.

Pero su error radicó en considerar que entre quienes desean un determinado enjuiciamiento en justicia existía un verdadero acuerdo de voluntades.

No era así, ya que es común que no se acudiera a ese enjuiciamiento libremente (sin previo acuerdo), pues si así fuera, la solución sería arbitral.

Sin embargo, en más de alguna ocasión, el Tribunal Supremo español (TS) se ha referido al contrato de *litis contestatio*.<sup>11</sup>

Para superar los inconvenientes de la *litis contestatio* se acude a la figura del cuasicontrato, que no requiere un previo acuerdo de voluntades. Pero el logro de un enjuiciamiento en justicia como un sistema de garantías, tampoco ahora es satisfactoriamente explicado, porque se le ha de reprochar la aspiración de configurarlo como una institución de derecho privado de corte romanista, o sea, en un momento de transición entre la justicia privada y la pública.

<sup>10</sup> Por la *litis contestatio* el litigio pasaba al dominio judicial (*res in juicio deducta*) y así se producía un efecto consuntivo consistente en la imposibilidad de promover una nueva petición sobre el mismo derecho (*bis de eadem re ne sit actio*, Quintiliano, VII, 6 y 4). La *litis contestatio* consumía la acción (*in legitimo ipso iure actio consumatur*, Gayo 180).

<sup>11</sup> En ocasiones, el TS ha aludido expresamente a la *litis contestatio*. Es el caso de la STS de 26 de febrero de 1947, civil (Repertorio de jurisprudencia Aranzadi 334), cuando señala: "...que apoyado en el número... se ha formulado el primer motivo del recurso que acusa el vicio de incongruencia en la sentencia recurrida, por cuanto centrada la *litis contestatio* en la petición de la demanda de que se condene al demandado, en virtud de lo convenido en la cláusula décima del contrato privado otorgado por ambas partes...".

Frente a las orientaciones de cuño privado (sistema de garantías particulares), surge una forma de ofertar un sistema de garantías, esta vez ya público. Tal sistema implica que las garantías entre las partes intervenientes en el enjuiciamiento en justicia se encuentran sustentadas en la existencia de una relación jurídico-procesal, con derechos y obligaciones recíprocas.

Lo fundamental era que esa relación apareciera como distinta de la relación jurídico material preexistente. Así, por ejemplo, entre comprador y vendedor existe una relación jurídico-material de derecho privado. Pero si surge la patología que lesiona un derecho del sujeto de la relación privada, aparece una nueva y distinta relación jurídica. Es la relación jurídico-procesal, de marcado carácter público debido a la intervención de un sujeto: el órgano jurisdiccional, juez o tribunal ---puesto por el Estado--- que ha de impartir justicia.

Surge así históricamente la dicotomía entre proceso y procedimiento, pero, como categorías jurídicas tan sólo públicas. Más allá, la distinción en modo alguno existía.

Lo cierto es que, ya el proceso, ya el procedimiento, servían de base a un sistema de garantías eminentemente públicas, que hizo posible descomponer los elementos de la relación: sujetos, objeto y actividad.

Pero, el logro de un auténtico sistema de garantías públicas estaba aún lejos de alcanzarse, ya que es necesario señalar que, aunque efectivamente existen derechos y obligaciones propios de la relación jurídica pública, no todos son procesales.

Así se posee el derecho a la tutela del Estado y, por tanto, a acudir a los tribunales. Pero ese derecho es extraprocesal y de naturaleza política o constitucional (artículo 24 de la CE). Lo mismo ocurre con la obligación del juez de fallar, que es, igualmente, una obligación de naturaleza constitucional.

Por otro lado, más que obligaciones de índole civil lo que existen son cargas. No existen obligaciones, sino la carga de actuar de un modo determinado, de la que se derivan unas determinadas consecuencias de la inactividad.

Se imponía, por tanto, una nueva orientación que, sustentándose en un sistema de garantías públicas, supusiera la entrada, a través del enjuiciamiento, en una situación jurídica como “conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de una de las partes”. Se trata de nuevas categorías jurídicas.

En lugar de una relación jurídica, con sus correspondientes derechos y obligaciones de índole civilista y pública, existen situaciones jurídicas en las que se originan expectativas ---espera de una resolución judicial favorable---, posibilidades ---aprovechar una ventaja procesal mediante un acto--- y cargas ---actitud para prevenir una situación desfavorable---.

Como se puede observar, las expectativas y posibilidades se pueden reconducir a los derechos en una relación jurídica y las cargas con las obligaciones, debiéndose señalar que la noción de carga en sustitución de la obligación (en la relación jurídica procesal) aparece ya admitida por la doctrina procesal.

La teoría de la situación jurídica al aportar una indudable consideración sociológica, evidencia la existencia de un fenómeno económico de indudable proyección liberal o neoliberal.

Con anterioridad a la vigente LEC, una concepción actual del debido proceso de la función jurisdiccional sustantivo, de indudable fijación conceptual respecto del procedimiento, y superadora de la concepción civilista de la relación jurídica procesal o la sociológica liberal o neoliberal de la situación jurídica se puede hallar en el vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral español (TRLPL) ---y antes en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral español (LBPL)---.

En concreto, la rúbrica de la Base X LBPL aludía a ‘Deberes procesales’, y también la del título VI libro I TRLPL, “De los principios del proceso y de los deberes procesales”.

Pero en la tramitación del Proyecto de Ley de Bases de Procedimiento Laboral español en el Congreso de los Diputados se suscitó, por el grupo parlamentario vasco a través del Proyecto de Ley alternativo que presentó, la conveniencia técnica de sustituir el término “deberes procesales” por el de “carga procesal”.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Cfr. RVDPA, 4-1989, pp. 1298, 1414-1416 y 1450.

No le faltaba razón a ese grupo parlamentario cuando defendió la utilización de esa terminología; pero acerca de la adecuada utilización de uno y otro término habría que tener presente el diverso contexto en que se incardina uno y otro término.

El de “carga procesal” es preciso referirlo a la conceptuación germana del proceso de la función jurisdiccional, como una relación jurídica procesal de índole civilista, en la que no existen propiamente derechos y obligaciones (civiles), son más bien expectativas y cargas procesales.

Entra, pues, dentro de una visión esencialmente liberal o neoliberal el que se asuma o no “libremente” la correspondiente parcela de expectativa o carga procesal.

Si no se hace de ese modo, las repercusiones irán luego a la resolución judicial que le pone término definitivamente.

Por el contrario, el término deberes procesales supone una conceptuación del proceso de la función jurisdiccional, como una realidad sustantiva, de particular significado en el ámbito del servicio público de la justicia, en donde un acuñamiento “particular” de un término de indudable justificación liberal o neoliberal como el de “expectativas” o “carga procesal” o civilista como el de “obligación” no tiene demasiado sentido.

A diferencia de la “obligación” de justificación civilista y de la “carga procesal” cuyo cumplimiento depende de la liberalidad del sujeto, el deber procesal es exigible con independencia de la voluntad de su destinatario.

El deber procesal es un imperativo de orden público procesal a diferencia de la “obligación” civilista y de la liberal “carga procesal”. Su incumplimiento, por ser contrario a un imperativo de orden público procesal, origina un ilícito para la correcta ordenación procedural que justifica la sanción (la multa).

Es preciso, por tanto, llevar a cabo el “salto cualitativo”, que implica la adopción de específicos deberes procesales, como hace el título VI, libro I, TRLPL, y antes hacia la Base X (y rúbrica) de la LBPL, abandonando, por lo demás, el término “obligación” (teoría de la relación jurídica procesal) de indudable origen civilista.

En definitiva, se asistió entonces al alumbramiento de imperativos de orden público con base en exigencias, no sólo de la propia ordenación procedural, sino también de la particular salvaguarda y protección que el Estado ha de propiciar en el ámbito sustantivo del ejercicio funcional de la jurisdicción (servicio público de la justicia).

La vigente LEC no adopta aún un sistema total de garantías públicas justificadas en la existencia de deberes procesales. Pero, no es ajena al mismo en la medida en que, en la LEC 1/2000, la existencia del deber procesal como imperativo de orden público procesal se vincula de consuno a la imposición de una sanción (multa).

#### IV. LA GARANTÍA PROCESAL ES COMPROMISO CONSTITUCIONAL

La garantía procesal posee una conceptuación funcional. El proceso es garantía en tanto que afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos (patológicos).

Esa funcionalidad se modela con el referente constitucional a través de una sustantividad que ha preterido los planteamientos amorfos sin referentes temporales.

La crítica temporalidad de la sustantividad procesal se justifica en la aplicación del compromiso constitucional. La sustantividad crítica y temporal del proceso se vincula con las garantías procesales que la vigente CE ampara y establece (garantismo constitucional de la norma procesal).

En tal sentido, el proceso es compromiso constitucional porque la CE garantiza que aquél (el proceso) pueda amparar los derechos de todos los ciudadanos.

La garantía procesal en su vertiente funcional se justifica porque se ampara con base en la existencia de la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE). Y ese amparo no es amorfo, sino sustantivo por exigencias de aquel compromiso.

En la medida en que el proceso es compromiso (constitucional) de garantía funcional en el tráfico de bienes litigiosos (patológicos), se proyecta, en su sustantividad, autónomamente.

No interesa tanto que el proceso aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que aquel (el proceso) sea garantía autónoma de aquella actuación sustantiva autónoma.

El proceso es funcionalmente autónomo en su sustantividad. Sus criterios funcionales de actuación son ordinarios en la medida en que se asume el compromiso constitucional de actuarlos. En caso contrario (de no existir tal compromiso de actuación) ese carácter ordinario o común sería inconstitucional o contrario a la CE.

En su vertiente de legalidad ordinaria, el proceso es funcionalmente autónomo. Su sustantividad le impide además ser adjetivo, acrítico y mecanicista. O, en fin, ser vicario de la norma que actúa. Así se desprende de la “efectividad” que la norma constitucional reclama (el artículo 24.1 de la CE proclama que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales...”).

La “efectividad constitucional” es, ante todo, sustantividad garantista autónoma. Y, además, sustantividad garantista común y ordinaria. La funcionalidad autónoma del proceso justificada en criterios ordinarios o comunes que asumen el compromiso constitucional, se proyecta, a su vez, en una funcionalidad sustantiva que es garantía de jurisdiccionalidad, y también en una funcionalidad formal que es garantía a su vez de adjetivación procesal de esa jurisdiccionalidad. Esa funcionalidad es, según Ramos Méndez, expansiva.<sup>13</sup>

La conceptuación garantista del proceso (como sistema de garantías) en su conceptuación funcional como compromiso constitucional evidencia la inutilidad sobrevenida de no pocos conceptos y principios tradicionales del procesalismo pretérito, los cuales (so-

<sup>13</sup> Ramos Méndez dice: “...que a la proyección de garantías de jurisdiccionalidad y de adjetivación procesal sería posible aplicarle el carácter expansivo y polivalente que Ramos Méndez atribuye a las garantías que ‘en cuanto tales —dice— se proyectan en bloque en todo el sistema procesal’”. Ramos Méndez, F., *El sistema procesal español*, Barcelona, España, 1999, p. 38.

bre todo los referidos a la acción, la jurisdicción o las formas procedimentales —procedimiento— de tutela), han venido siendo considerados como las bases en las que se justificaba (y aún hoy se justifica) la mayor parte de la doctrina procesal.

La razón es preciso hallarla en que el proceso como garantía es el cauce para legitimar la norma procesal ordinaria que, por razón de esa legitimidad, se constituye desde su proteica e irreductible sustantividad en el concepto clave.

Ni el concepto de acción, ni de jurisdicción, ni menos aún las formas del procedimiento (procedimiento), pueden competir con el proceso como garantía ordinaria de aplicación del compromiso constitucional consistente en amparar, en el tráfico de bienes litigiosos (patológicos), los derechos que la CE reconoce a todos los ciudadanos. Y así y si bien la posibilidad de “accionar” se atribuye a “todos” en condiciones de igualdad, y se justifica en un vínculo de medio a fin con la “tutela” sustantiva que oferta el proceso (derecho a obtener la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos: artículo 24.1 de la CE); lo determinante es aludir a una efectividad sustantiva de la posibilidad constitucional de “accionar”, que es garantizada a “todos”, a través del proceso.

Pero repárese en que esa efectividad (sustantiva) es dinámica superadora de la evolución científica que arranca de los teorizadores alemanes del siglo XIX, acerca del derecho de acción que tradicionalmente se ha reivindicado como autónomo en sus formulaciones clásicas en sentido abstracto, como presupuesto externo y preexistente entendido como “posibilidad” o “libertad” de accionar (teorías abstractas de la facción), o en sentido concreto como derecho de obtener una resolución judicial favorable (teorías concretas de la acción).

La autonomía del derecho de accionar en su proyección abstracta constreñida a una mera “posibilidad” o “libertad” de accionar, es ineficaz e insustancial en relación con la dinamicidad sustantiva y garantista del proceso por su inconcreción. Pero tampoco esa autonomía del derecho de accionar en su proyección concreta es determinante, por cuanto un supuesto derecho a la efectiva obtención de tutela judicial efectiva sería más bien incon-

cebible en el modelo constitucional del proceso que se postula en el que se ampara tan sólo los presupuestos ordinarios que son garantía para aquella tutela judicial efectiva, pero no para su concreción en sentido favorable.

Surge así un derecho de acción en sentido constitucional, no como un mero “derecho al proceso”, y sí como un derecho a la tutela que garantizará el proceso: como un derecho a una efectiva tutela.

Respecto del procedimiento y si bien la “tutela” jurisdiccional se encuentra en todo caso garantizada ante los órganos jurisdiccionales ordinarios por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (artículo 117.1 de la CE), las “formas” del procedimiento han dejado de ser un fin en sí mismas, por cuanto sólo se justifican en la temporalidad crítica y ordinaria que garantiza el proceso (derecho a un proceso con todas las garantías: artículo 24.2 de la CE).

Y por último respecto de la jurisdicción es preciso indicar que el sistema funcional de garantías es procesal. No es jurisdiccional. No es tampoco atinente al derecho jurisdiccional. La razón es preciso hallarla en que la potestad jurisdiccional afecta no al proceso cuanto más bien al Poder Judicial o jurisdicción.

Se accede, en el modo expuesto, a un modelo de procesalismo abierto a los diversos modos de integración, racionalización o especificación que el legislador ordinario es siempre libre de proyectar.

Pero repárese en que, ese modelo, sólo se justifica en unas garantías concebidas en términos dinámicos con capacidad de adaptación al “aquí y ahora” constitucional, por razón de aquel compromiso constitucional.

Por ello se está en presencia de un modelo de proyección temporal (mutante) y sumamente crítico.

Esa dinamicidad equivale a reconocer que aquellas garantías no son abstractas. Actúan críticamente el modelo concreto de tutela judicial efectiva que establece la CE.

## V. LA PROYECCIÓN PRÁCTICA DE LA METODOLOGÍA CONSTITUCIONAL. EL COMPROMISO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO Y SU PLANTEAMIENTO RUPTURISTA

En el ámbito del derecho procesal, el proceso de la función jurisdiccional supone la actuación de la función jurisdiccional a través de un modelo adjetivo y por ello proceduralista en el que es posible ubicar determinadas fases o períodos típicos.

Tales fases o períodos, en la medida en que lo compartimentan, se hallan aplicados hacia un modelo sumamente técnico y mecanicista. Así, y de un lado, se hallaría la sustantividad garantista del proceso y, de otro lado, la tecnificación mecanicista y adjetiva del procedimiento.

No siempre la ley procesal sigue un modelo estancado (compartimentos estancos), aunque en todo caso (exista o no compartimentación) en el modelo que se adopte, confluye el binomio proceso-procedimiento.

El primero (el proceso) asume, frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo en el sistema de garantías que al justiciable debe ofertar (metodología constitucional de la norma procesal).

En cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, sólo y exclusivamente, las formas procesales técnicas y mecanicistas.

Por ello, el procedimiento es técnicamente una realidad formal y rituaria frente al proceso (de la función) jurisdiccional que, a diferencia del procedimiento, es la realidad conceptual que posibilita el acceso al garantismo del derecho procesal, a través de la llamada tutela judicial efectiva, mediante el debido proceso sustantivo.

El proceso se constituye, por tanto, en la justificación del procedimiento. Lo que no significa que no pueda existir procedimiento sin proceso, puesto que el primero es atemporal, y el segundo no, al hallarse comprometido con la base garantista que “aquí y ahora”.

Por tanto, ambos ---proceso y procedimiento--- son hipótesis de trabajo autónomas.

Lo que sucede es que el procedimiento es una realidad conceptual abstracta ---formal y adjetiva--- y que, por consiguiente, su razón de ser y justificación se la brinda el proceso, que opera siempre con la referencia del más escrupuloso respeto al sistema de garantías que el ordenamiento jurídico establece. El proceso es sustantividad comprometida. El procedimiento es formalidad acrítica y mecanicista. El proceso, por tanto, con su sustantividad garantista justifica y corrige las “anomalías” en la aplicación mecanicista y técnica del procedimiento. Es el proceso de la función jurisdiccional garantista y comprometido.

La atemporabilidad de las normas procesales, en su vertiente procedural las ha justificado históricamente como válidas tanto en tiempos de monarquía, república o dictadura.

Por el contrario, el proceso de la función jurisdiccional, en su vertiente conceptual, es una realidad ante todo sustantiva que se halla vinculada y comprometida con la realidad constitucional de “aquí y ahora”, y con el sistema de garantías que esa realidad comporta.

Por ello, el procesalista ha de asumir el “compromiso constitucional” que no es político, ya que la CE como norma suprema del Estado es apolítica.

Todo lo cual abona un planteamiento rupturista y de adecuación de la norma procesal al sistema de garantías procesales que se halla recogido en la CE y en los propios textos procesales. Esa adecuación es negada por cierto sector doctrinal. Quizá en esa propuesta se ubique Serra Domínguez.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Es preciso preterir las orientaciones doctrinales que defienden que el sustrato, la esencia de la normativa procesal, permanece inmutable e impermeable. Es la tesis que parece mantener Serra Domínguez. Dice Serra Domínguez que “...es cierto que las ideas políticas influyen en toda clase de normas jurídicas, ya que las leyes positivas son desgraciadamente —dice— los instrumentos de que se valen los políticos para modificar las realidades sociales. Pero ello no significa en forma alguna —añade— que dichas ideas políticas pueden servir para modificar los conceptos y mucho menos la propia esencia de las instituciones jurídicas... Esta neutralidad del proceso respecto de las ideas políticas es particularmente estable en el ámbito del proceso civil, como lo muestran el ejemplo de las legislaciones italiana, alemana oriental y española, que han subsistido casi sin modificaciones a través de regímenes políticos totalmente opuestos”. La actitud de Serra Domínguez respecto a extrañar cualquier cambio que se origine con la “política” le ha llevado a decir lo siguiente: “12. Otro principio en el que ha querido encontrarse ‘una fundamental manifestación de la concepción del proceso civil inspirada en la ideología del comunismo’ es el principio de lealtad de las partes, es

Quizá el equívoco doctrinal de Serra Domínguez quede evidenciado con la vigente LEC, en cuyo artículo 247 se regula el preceptivo acatamiento de las partes a las reglas de la buena fe, sancionándose el incumplimiento de tales reglas con multa.

Según la tesis de Serra Domínguez, cuando la vigente LEC sanciona con multa el incumplimiento de las reglas de buena fe por las partes, acepta una concepción del proceso civil inspirada en la ideología comunista socialista. Pero no es así.

El proceso del ejercicio funcional de la jurisdicción desde su sustantividad no debe ser conservador sino rupturista. Para la ruptura sólo existe un referente: la CE.

Su aportación a la normativa procesal ni es política porque el texto constitucional es apolítico, ni es técnica, porque la adopción de la metodología constitucional construye una realidad procesal sustantiva (no adjetiva o técnica) acomodada con la realidad constitucional de “aquí y ahora”.

La sustantividad que aporta la CE no es técnica o formalmente propia del procedimiento y de sus soluciones técnico-adjetivas.

De ahí que por propia naturaleza sea dinámica y rupturista. Dinamicidad y ruptura que se justifican, además, en la cualificación de los órganos jurisdiccionales como órganos de soberanía en la medida en que “la justicia emana del pueblo” (artículo 117.1 de la CE).

Esa cualificación va a reflejar las relaciones entre el Estado y el individuo. Y a su vez, esas relaciones van a ser determinantes de la posición del órgano jurisdiccional (del “órgano de soberanía”) respecto de los sujetos que acuden al mismo. En un ámbito de ejercicio liberal de la función jurisdiccional, el órgano jurisdiccio-

dejar, el pretendido deber —dice— de veracidad. Este deber de veracidad comprendería a su vez los siguientes subdeberes: ‘a) Obligación de no alegar hechos que se juzguen contrarios a la verdad. b) Que la parte no pueda discutir hechos afirmados por el adversario que juzgue correspondan a la verdad; y c) Que la parte al ser interrogada debe respetar la verdad.’ Por nuestra parte entendemos que no sólo no constituye dicho principio una repercusión del socialismo en el proceso, sino que ni tan siquiera constituye un verdadero principio jurídico, siendo incluso discutible hasta qué punto integre un verdadero deber moral”. Serra Domínguez, M., “Liberalización y socialización del proceso civil (las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesal)”, Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, núms. 2-3, 1972, pp. 512, 514, 541 y 542.

nal como “órgano de soberanía” adopta una posición pasiva o de mera reacción respecto de las actuaciones de los sujetos que ante él actúan. En cambio, en un ámbito de ejercicio no liberal de la función jurisdiccional (de justificación democrática: artículo 117.1 de la CE según el cual “la justicia emana del pueblo”) el órgano jurisdiccional como “órgano de soberanía” adopta una posición activa. En las propuestas de la exposición de motivos de la LEC la opción resulta evidente.<sup>15</sup>

La LEC opta por una estructuración del “trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal” y para ello se “mira... ante todo y sobre todo, a quienes demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional, en verdad efectiva, para sus derechos e intereses legislativos”. En definitiva, la LEC opta por una ámbito de ejercicio de la función jurisdiccional no liberal en el que el órgano jurisdiccional como “órgano de soberanía” no ha rehuido las posturas comprometidas con el denominado por la exposición de motivos de la LEC “trabajo jurisdiccional”. El “trabajo jurisdiccional” que ahora la LEC atribuye al órgano jurisdiccional va a suponer un nuevo reparto de cometidos entre ese órgano jurisdiccional y las partes que como efecto más inmediato va a originar que la máxima *da mihi factum dabo tibi ius* no pueda aplicarse en la actualidad de modo absoluto.

<sup>15</sup> En la exposición de motivos de la LEC se dice: “La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales —nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria de la instancia—, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e inmediación... Esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los justiciables, lo que es tanto como decir al interés de todos los sujetos jurídicos y, por consiguiente, de la sociedad entera. Sin ignorar la experiencia, los puntos de vista y las propuestas de todos los profesionales protagonistas de la justicia civil, esta ley mira, sin embargo, ante todo y sobretodo a quienes demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional en verdad efectiva para sus derechos e intereses legítimos”. Se puede consultar en el Web: [www.sc.ehu.es/leyprocesal](http://www.sc.ehu.es/leyprocesal), en la Sección: Base de datos de jurisprudencia y legislación arbitral.

## VI. EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO

El proceso ---de la función jurisdiccional--- se caracteriza, de un lado, por su contenido sustantivo que asume la materialidad constitucional de aquí y ahora y, de otro, por la debida instrumentalización a través del procedimiento de esa sustantividad garantista, alcanzándose así el debido proceso sustantivo postulado por Almagro Nosete.<sup>16</sup>

El carácter de debido y sustantivo del proceso ---de la función jurisdiccional--- sólo encuentra su justificación en la medida en que se corrige en cada momento histórico la atemporabilidad e instrumentalidad aséptica y adjetiva del procedimiento.

Es preciso garantizar que el proceso de la función jurisdiccional constituya, en cuanto a su carácter debido y sustantivo, garantía de justicia. Es el derecho al proceso justo (*fair trial; fair hearing*).

Algún sector doctrinal postula que la ausencia de garantías procesales o al menos su desarrollo desigual (de esas garantías) en el ordenamiento procesal frustraría la conceptuación del proceso como garantista y sustantivo. Esta tesis es la que quizá propugna Ortells Ramos.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> En opinión de Almagro Nosete, la conceptuación de debido y sustantivo del proceso no puede confundirse con la que se ha asumido en la evolución angloestadounidense, “aunque —dice— dentro del espíritu que preside la garantías del due process. Históricamente —añade— el “debido proceso” fue una garantía procesal del bien de la libertad, de manera que nadie pudiera ser privado de ésta, sino en virtud de un proceso con las formalidades legales necesarias; esta garantías se hizo extensiva a otros bienes, como la propiedad hasta llegar a transformarse —dice— en una protección más jurídico-material que procesal, en sentido estricto, cuando por medio de la misma se ha llegado a enjuiciar la razonabilidad de las leyes sustantivas que al establecer un juicio del legislador sobre determinados bienes, escamotean al ciudadano la resolución de tal problema mediante un proceso garantizado. Esta evolución es, por otra parte, explicable en sistemas donde los jueces ordinarios resuelven también sobre la inconstitucionalidad de las leyes (control difuso). Mas, no obstante, la denominación es expresiva —dice— en cuanto que conecta las meras formalidades de un proceso con las condiciones de justicia del mismo para garantizar que el ciudadano sea razonablemente enjuiciado sin atentar a sus derechos fundamentales. Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Barcelona, España, pp. 105 y 106.

<sup>17</sup> Ortells Ramos siguiendo —dice— a Ballbe y Fazzalari señala que “procedimiento y proceso coinciden en ser una serie ordenada de actos orientados a la producción de un acto final, pero se diferencian en que, para que haya proceso, es necesario que la persona cuya esfera jurídica ha de ser afectada por el acto final, tenga derecho a participar en los actos que lo preceden, influyendo, a través de ello, en el resultado. Esta tesis, a mi modo de ver, es plausible —dice— porque expresa la significación que en la cultura jurídica ha asumido el término proceso como actuación respecto a la cual la postura de los interesados aparece

La ausencia de garantías (como es el caso del proceso penal inquisitivo según Ortells Ramos) o del desarrollo desigual de las mismas (como es el caso del proceso de declaración en relación con los cautelares y de ejecución, según también Ortells Ramos), o en fin, la existencia de nuevas garantías en entornos que se han “procesalizado” (como es el caso del procedimiento administrativo, en particular en materia de sanciones, siempre según Ortells Ramos) lo único que evidencia es una contemporización o acomodación a un ordenamiento procesal que históricamente ha sido muy deficitario en garantías.

Esa actitud acomodaticia consistente en conceptuar el derecho procesal “por otros derroteros” (según Ortells Ramos) distintos a los garantistas no debe ser determinante porque no es constitucional.

Allí donde no existen garantías hay que crearlas (sería el caso del proceso penal inquisitivo); allí donde sean desiguales hay que igualarlas con arreglo a unos criterios que garanticen la tutela judicial efectiva en todo caso o supuesto (artículo 24 de la CE) y

rodeada —dice— de una serie de garantías, de modo que éstos son algo más que los sujetos pasivos de la misma y de la resolución que en ella se adopte... Esto puede explicar —señala— que el concepto de proceso haya sido monopolizado por el derecho procesal, en cuanto esos especiales requisitos han concurrido tradicionalmente en la actuación de los órganos jurisdiccionales, pero no en el ejercicio de otras potestades públicas. Sin embargo —añade— una doble consideración contradice ese monopolio y sigue haciendo necesario delimitar el objeto del derecho procesal por otros derroteros. En primer término, ni históricamente siempre, ni ahora en todos los casos, la actividad jurisdiccional se desarrolla —dice— con la misma plenitud de garantías para el sujeto pasivo. Piénsese, en cuanto a lo primero, en el proceso penal inquisitivo y, por lo que hace al derecho actual, en que son diferentes las garantías del proceso de declaración y las de los procesos cautelares y de ejecución. Esas razones no conducen a desterrar estas materias del derecho procesal. Por otro lado, en segundo lugar, existe una tendencia en la regulación del procedimiento administrativo, particularmente en materia de sanciones, a lo que se llama precisamente su ‘procesalización’ y que se entiende como un incremento de las garantías del sujeto pasivo en relación con el procedimiento. Con esta última advertencia no se pretende afirmar ni que, en la medida en que el procedimiento administrativo se ‘procesalice’, deje de ser derecho administrativo y pase a ser objeto del derecho procesal, ni que pueda excluirse o restringirse el control jurisdiccional de la actividad de la administración. Ahora bien, si se formulan (o se intuyen) las objeciones que han impulsado a hacer esta doble aclaración es, precisamente, porque se presupone —dice— que el objeto del derecho procesal no queda suficientemente delimitado con la referencia a un procedimiento con garantías para los que van a ser afectados por la resolución final, sino que requiere hacer referencia a otras instituciones que el derecho procesal también regula y que son diferentes al proceso”. Ortells Ramos, M., Introducción al derecho procesal, Comares, 1999, pp. 4 y 5.

allí, en fin, donde irrumpen las garantías hay que consolidarlas (como es el caso del procedimiento administrativo, particularmente en materia de sanciones).

### No se puede actuar de espaldas al garantismo

Pero sería tremadamente torpe pensar que la corrección de la atemporalidad mecanicista procedural debe originar un desmantelamiento del procedimiento cuya técnica es acrítica. Si así se pensara, se convertiría al debido proceso sustantivo en algo sin sentido y sin justificación.

Por ello, y aún cuando ambas realidades conceptuales, esto es proceso y procedimientos, son autónomas y así lo demuestra el propio devenir histórico del procedimiento en muchas ocasiones desprovisto de soluciones garantistas, son a su vez necesariamente interdependientes para que la técnica procedural se justifique, y para que la sustantividad garantista del debido proceso no sea una realidad conceptualmente desprovista de lógica y sentido técnico.

Un planteamiento garantista que opere sin la justificación del procedimiento origina algo tan paradójico como una exacerbación sustantiva que deja de ser garantista, precisamente, por no poseer la técnica del procedimiento con la cual operar.

De no tenerse en cuenta tal planteamiento, estaríamos aplicados a lo absurdo, lo que no justifica la supresión de la técnica procedural en aras de una mal entendida tutela judicial más efectiva (por ejemplo, más rápida y abreviada) que como tal garantía, sin el referente de la técnica procedural, sería una realidad conceptual inoperante e, insisto, desprovista de lógica y sentido.

Pero, también, es preciso huir de soluciones exclusivamente técnicas y procedimentales.

La hipervaloración proceduralista sin la sustantividad del proceso de “aquí y ahora” de cada momento histórico puede conducir a actitudes irracionales (artículo 11.3, LOPJ). Es quizá lo que propugna Esparza Leibar.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Esparza Leibar tras conceptuar el proceso como una realidad instrumental, por cuanto es “instrumento de la función jurisdiccional a través del cual únicamente se ejercita la mis-

El “debido proceso” de la función jurisdiccional, en su vertiente conceptual, es una realidad sustantiva que, al hallarse vinculada y comprometida con la realidad constitucional de “aquí y ahora” y con el sistema de garantías que esa realidad implica, afecta al cómo institucional del servicio público de la justicia. Esta tesis ya se puede hallar en el Libro blanco de la justicia elaborado por el órgano de gobierno del Poder Judicial español (CGPJ) en 1997.<sup>19</sup>

ma”, señala que el procedimiento cuando es jurisdiccional “tiene un rasgo distintivo fácilmente identificable...: se trata —dice— de la influencia del mismo (del procedimiento se entiende) en la efectividad del proceso”. La posición doctrinal de Esparza Leibar es, quizá o seguramente, peculiar y posiblemente pintoresca pues, apartándose del común criterio doctrinal, hasta ahora examinado, que parte del concepto de proceso para luego realizar la concreción con más o menos fortuna de la realidad comúnmente considerada formal del procedimiento, apuesta por la opción metodológica inversa. Esto es, el procedimiento es lo que otorga “efectividad” al proceso. La opción metodológica es, sin duda, tan legítima como cualquier otra, pero no deja de causar extrañeza que, con base en la misma se construya el denominado por Esparza Leibar “principio del debido proceso”, por cuanto metodológicamente resulta de todo punto inadmisible construir un concepto del “debido proceso”, que ante todo debería ser sustantivo, por el contrario de la formalidad acrítica y mecanicista del procedimiento. En definitiva, que es justo lo contrario. Esto es, el procedimiento no otorga efectividad al proceso, puesto que el proceso conceptualmente es autónomo, porque de lo contrario no sería “debido”, y si es “debido” es porque posee resortes propios para ser efectivo y autónomo o para obligar como debido en base a una propuesta metodológica propia que, justo porque es sustantiva, no puede ontológicamente depender o ser efectiva con base al procedimiento. Primero es el proceso. Pero no el procedimiento. Quizá o seguramente, lo planteado por Esparza Leibar no se acomode a la más correcta técnica procesal. Esparza Leibar, *El principio del debido proceso*, Barcelona, España, 1995, pp. 27 y 53.

<sup>19</sup> En el Libro blanco de la justicia elaborado por el CGPJ en 1997 se puede leer lo siguiente: “Se está desarrollando en la sociedad española una creciente y generalizada desconfianza en la justicia y en la capacidad de jueces y tribunales para resolver adecuadamente los conflictos ante ellos planteados y para garantizar, en suma, la correcta aplicación de la Ley”. Con penetración no simplemente epidérmica, el CGPJ distingue entre “los problemas cuantitativos y cualitativos que, en una primera aproximación, parecen aquejar más profundamente a la Justicia”. Entre éstos se percibe —y se diagnostica— como “paradigmáticos el de las dilaciones y excesiva duración de los procedimientos judiciales”. Las disfunciones “para el sistema de la Administración de Justicia derivadas de un exceso de dilaciones son evidentes”. El CGPJ coloca esta situación “en un lugar de atención prioritaria”. Prioritaria, desde luego, pero no única. Cuando acomete los aspectos que conciernen a su calidad, afirma haber recogido abundantes expresiones respecto a la necesidad de mejorar la calidad del servicio público de la justicia. No sólo en lo que se refiere a la calidad de las resoluciones judiciales, sino también a la calidad en la prestación de este servicio y a las relaciones y al acceso de los ciudadanos al sistema judicial, aspectos todos estos que afectan a la confianza en la justicia”. El Libro blanco de la justicia señala entre los temas que se refieren a “la calidad de prestación del servicio público de la justicia... la calidad de los medios de defensa de los ciudadanos”, “la calidad del personal judicial, medida con criterios —forzosamente approximativos— de profesionalidad y formación”; “las formas de control de la prestación del servicio, por los jueces esto es, el funcionamiento del servicio de inspección”, y, aunque “más

La sustantividad del “debido proceso” como sistema de garantías, en su compromiso con la realidad constitucional de “aquí y ahora” y con el sistema de garantías que esa realidad comporta, no es ajena al cómo institucional que la hace posible y que incide en la prestación del servicio público de la justicia.

El debido proceso en su sustantividad no es una realidad neutra. Es una realidad comprometida que afecta a una propuesta institucional justificada en el cómo se ejerce respecto del justiciable (servicio público).

Es poco menos que anecdótico y/o pintoresco apelar al garantismo como elemento indiscutido del concepto del debido proceso para finalmente negarle su compromiso con el cómo se ejerce. Es tanto como postular un debido proceso sin referente alguno que, hallándose en constante estado de levitación, aspira a mantenerse en el aire sin ningún punto de apoyo.