



PROCESO Y CONSTITUCIÓN

(HACIA UNA NUEVA METODOLOGÍA DE ESTUDIO DEL DERECHO
PROCESAL: EL GARANTISMO PROCESAL)¹

*Antonio María Lorca Navarrete*²

RESUMEN

El artículo reflexiona sobre el derecho procesal como un sistema de garantías que tienden a lograr la tutela judicial efectiva. Sostiene que el garantismo procesal de justificación constitucional supone 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. Apunta aún el debido proceso como una realidad sustantiva que incide en la prestación del servicio público de la justicia.

Palabras clave

Derecho procesal. Debido proceso sustantivo.

RESUMO

O artigo reflete sobre o direito processual como um sistema de garantias que permitem alcançar a tutela judicial efetiva. Sustenta que o garantismo processual de justificação constitucional supõe a implementação tanto das garantias contidas nas leis processuais quanto daquelas que possuem projeção constitucional, através de uma postura garantista plenamente comprometida com a realidade constitucional. Aponta ainda o devido processo legal como uma realidade constitucional que incide na prestação do serviço público da justiça.

Palavras-chave

Direito processual. Devido processo legal substantivo.

¹ Texto de la conferencia sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos el día jueves 16 de abril de 2009 a las 18hrs., con ocasión de su reconocimiento como “Profesor Distinguido” de la Universidad Decana de América.

² Doctor y catedrático en derecho procesal de la Universidad del País Vasco. Director Del Instituto Vasco de derecho Procesal y de la Revista de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA). E-mail: antoniomaria.lorca@ehu.es

1. PRELIMINAR

Debo precisar, de entrada, que mi esfuerzo se orienta a especificar y justificar lo que, en mi opinión, tendría que hacerse en sede jurisdiccional y, por tanto, a efectuar una operación contable sobre lo que se acostumbra en la praxis de los tribunales (y de las ideas que canoniza la denominada - con discutible fortuna - “doctrina científica”). No extrañe, pues, que comience refiriéndome a un, para mí, básico aserto. Ahí va. Según él, no me equivoco cuando proclamo y aclamo que justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de justicia, plenitud de garantías procesales. Vale. Pero añadiré que, al confugio o brillo de tan meritada proclamación y aclamación, se pretende aluzarla o llenarla de luz y claridad garantista. Bien.

Que felpée o atice la conciencia garantista de los aplicadores y estudiosos de la “justicia civil” puede pasar, sin duda, por ser un acontecimiento inédito en nuestra más reciente historia del procesalismo en la que, fedegar o bregar con el anhelo de una justicia efectiva vinculada inexorablemente con el deseo de plenitud de garantías procesales, va a suponer, sólo de entrada, decantarse por una opción no meramente instrumental sino efectiva de la tutela judicial (2005, La garantía del derecho procesal y su incidencia).

Ya sé que estas observaciones no pasan de reparos humildísimos al vigoroso, documentado y atractivo planteamiento que se nos oferta a través del orbe normativo de las respectivas legislaciones procesales civiles. Por ello, son asuntos que piden un debate en toda regla (en el que no quisiera sorprenderme como quien llevara las de perder) pero que, en el entretanto, me dan aire para no seguir acomodándome al status quaestionis más sólitico; aunque, eso sí, intentaré apurar las consecuencias en otra dirección que no es la habitual. O sea, en la dirección garantista.

Y a lo que voy. No es posible dudar, en el momento presente de la exposición del Derecho procesal, sobre su funcionalidad que no sobre su instrumentalidad. O sea, que, cuando el Derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico, asume un cometido funcional consistente en llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Y definida, de consuno, la jurisdicción como potestad –y, si no, léase el artículo 138 de la Constitución peruana –, el ejercicio de ésta [la potestad] 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 (léase el artículo 146 de la Constitución peruana).

Encalabrinado e inducido por estas ideas debo confesar lo siguiente: 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 139.3 de la Constitución peruana, en orden a lograr la “observancia del debido proceso y la

tutela jurisdiccional” - o sea, la tutela judicial efectiva - y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia en modo tal que, cuando el Derecho procesal hace posible el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, 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 (2000, Tratado, p. 7). Trayendo el agua a nuestro molino, salta a la vista que el Derecho procesal es funcionalmente autónomo por cuanto que su cometido es actuar la norma en tanto en cuanto se aplique la norma procesal con arreglo a su propio y autónomo sistema de garantías. ¡Nada menos!

Asumo esa opción - no tan estilista - por las propiedades dialécticas que tiene hablar muy a la pata la llana de un Derecho procesal que 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 propias. Sí. No como un subsistema.

La creciente e imparable incidencia de los saberes científicos en el ejercicio del Derecho procesal extrae su fuerza de propulsión de la funcionalidad que, en la actualidad, se arroga. En limpio: el Derecho procesal no es un subsistema (2000, Tratado, p. 7). Es el sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias aunque no siempre se ha pensado y discernido de este modo. Sin embargo, la realidad enseña que la denominada “técnica” procesal no es siempre y necesariamente fuente de reglas objetivamente válidas. Pongamos algunos ejemplos. Así, y en la doctrina española, ARROYO MENA se sitúa en una concepción inequívocamente instrumental del Derecho procesal propia de un subsistema ausente de aquella autonomía y sustantividad que proclamo - y aclamo - para el Derecho procesal. Lo cual es anómalo y, encima, regresivo pues volvemos a las andadas; a la antañona definición del proceso - al decir de ARROYO MENA (1997, Intervención,) - «como “el instrumento - énfasis mío - 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 - énfasis mío - de la actuación del derecho objetivo”».

Es indigno de una mente racional - a mi modesto parecer - sucumbir a la malsana hegemonía de un discurso apuntalado en la instrumentalidad del Derecho procesal. Aunque, por desgracia, hay, entre los procesalistas, una arraigada propensión a poner en circulación mercancías de ese pelaje. Es preferible - pienso para mí - el riesgo (incluso la probabilidad) de equivocarse antes que vender paquetes de ideas sólo porque han sido sancionadas institucionalmente. Así que desde ahora digo, de forma franca y directa, que la tan mentada y

solidificada línea institucional imperante apuntalada en la instrumentalidad del Derecho procesal contiene - perdón por la descortesía - no poco material para el desguace, pura ferralla.

Pues bien, perseveraré frecuentando esos derroteros. Ya que la consabida “instrumentalidad” del Derecho procesal ha sido una fecunda Venus de putativa procreación al ofrecer cobertura a un amplio repertorio de variantes de las que, por natural reserva metódica, tomaré, fundamentalmente, como banco de pruebas sólo dos. Me refiero en primer lugar - teniendo como asidero, una vez más, la doctrina española -, a FAIRÉN GUILLÉN en razón de justificarse, no sólo en la “instrumentalidad” del Derecho procesal cuanto, - quizá - peor aún, al conceptuar al proceso como instrumento de satisfacción [de satisfacción jurídica, se entiende]. Y mírese por dónde surge la llamada “teoría de la satisfacción jurídica” del proceso, propuesta por el mentado FAIRÉN GUILLÉN (1969, El proceso como función de satisfacción jurídica, págs. 18, 21 y 22) en la que configura - y figura - el proceso como instrumento de satisfacción jurídica.

Y como no hay uno sin dos. Ahí va otro remedo de teoría acompañada con la anterior de FAIRÉN GUILLÉN. Se trata, ahora, de asumir, sin conmisericordia alguna, la metodología del instrumento [con independencia de su carácter concupiscentemente jurídico justificado en la “satisfacción”] por quién - quizás o seguramente - sea su máximo valedor: MONTERO AROCA (1994, Introducción al, p. 49) para el quién el proceso “es un instrumento necesario”.

Tal ha sido la condescendencia con este particular, referido a la denominada “instrumentalidad” del Derecho procesal, que ha ganado fama de constituir un “núcleo duro” - tradicional - en su estudio.

2. EL PROCESO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Al parecer es muy variopinto el vestuario del que se vale el Derecho procesal para exhibirse (a veces equívocamente). Pero será suficiente reparar en que su examen y estudio, desde una vertiente exclusivamente instrumental, supone atender o priorizar, de un modo un tanto áspero, 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 “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” - o sea, la tutela judicial efectiva - (art. 139.3 de la Constitución peruana) a través del debido y autónomo proceso sustantivo.

Y, entonces, desde un enfoque estratégico, se detecta ya una conclusión en nada desdeñable: que, el ámbito funcional del ejercicio de la jurisdicción, es, ante todo, procesal. No es, en cambio, procesal el ámbito de potestad [jurisdiccional] de ese ejercicio relativo al poder judicial o jurisdicción - el artículo 138 de la Constitución peruana establece literalmente: “la potestad de administrar

justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial"- De ahí que, la "potestad jurisdiccional", implique una acepción constitucional de la jurisdicción, mientras que su desarrollo, a través de la "función jurisdiccional", sea ya procesal. Si. No me cabe la menor duda e invito al paciente lector a participar de esa - para mí - consideración indubitada. (1998, La garantía del derecho procesal. Su tratamiento, pág. 536).

Por ello, no en vano debo decir que la "potestad" no es lo mismo o sinónimo que "función jurisdiccional", y, en base a ese planteamiento, no es técnicamente correcto reconducir el Derecho jurisdiccional o Derecho de la jurisdicción hacia el Derecho procesal como hace cierto sector doctrinal español encabezado por MONTERO AROCA (1999, Derecho Jurisdiccional, I., p. 23); por lo que el Derecho procesal no es un Derecho Jurisdiccional (2000, Tratado, p. 11).

O dicho de otro modo, no es Derecho procesal el ámbito de potestad [jurisdiccional] (recuérdese el artículo 138 de la Constitución peruana) que afecta a la función [jurisdiccional] al justificarse ese pretendido Derecho jurisdiccional o Derecho de la jurisdicción en el poder judicial o jurisdicción. Pero, no en la función -jurisdiccional, se entiende -. Si. De veras, es verdad.

Con la claridad por delante - para saber dónde hay que ubicarse - y empezando por lo menos anodino, no me parece del género pedestre apuntar que, el ejercicio de la función jurisdiccional a través del Derecho procesal, implica, básicamente, la existencia de un sistema de garantías de justificación constitucional - sí constitucional - que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional (2007, El proceso, con.). Surge, entonces, el denominado garantismo procesal, de justificación constitucional, que obliga inexorablemente a conceptualizar el Derecho procesal, no como un Derecho Jurisdiccional, sino como un DERECHO DE LA GARANTÍA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. Nada más y nada menos.

Y lo diré. El garantismo procesal de justificación constitucional supone 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. Si, la de la "observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional" del artículo 139.3 de la Constitución peruana. Vale. Surge, de este modo, la conceptualización del proceso como sistema de garantías procesales - de la función jurisdiccional, se entiende-.

A priori, se abre un amplio panorama. Por lo pronto, esa conceptualización es rupturista con el procesalismo pretérito porque no surge vinculada al débito del *solemnis ordo iudiciarius*.

Cuando de iure son posibles varias opciones, cae de su peso que ha de preferirse la mejor. Si bien al particular se le toleran veleidades masoquistas en su esfera privada, en cambio elegir la mejor solución es siempre obligado para todo aquel que ejercite la función jurisdiccional, esto es, una atribución otorgada

en consideración al interés de otros. La Administración de justicia no puede ser, en esto, una excepción, como es evidente. Entonces, no tendré más cuajo que admitir que, 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” -vuelvo a recrearme en la redundancia: la de la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana-, 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 procesales.

Pero, el asunto de la “opción mejor” merece alguna que otra puntualización. Y la diré. La interpretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva - vuelvo, de nuevo, a recrearme en la redundancia: la de la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana - obliga a elegir la interpretación de aquella que sea 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 “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana resulta vulnerado.

En efecto, ir en pos de la “opción mejor” - entre las posibles - me incita y concita a afirmar que las exigencias constitucionales del ejercicio funcional de la jurisdicción (garantismo constitucional de la norma procesal) se hallan particularmente aseguradas, en su aplicación a través de la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana y de la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional en orden a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Vale. 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.

Abundaré un poco sobre esto último ¿En qué sentido? En el sentido consistente en que los problemas no existen tanto en la metodología de alcance sustantivo-constitucional, sino más bien en la procedimental. Mientras la primera - la de alcance sustantivo-constitucional, se entiende - 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 procedimental. Es la metodología que sobre el garantismo procesal expuse

en 1988-1989 (1989, El problema, p. 17 y 19). De manera que se podría sugerir que, la tan arraigada tendencia de no incomodar el procedimentalismo, sería la versión de la celebre *difference* más atenta a la atomización adjetiva que a la uniformidad sustantiva del ejercicio funcional de la jurisdicción.

3. LA PROYECCIÓN HISTÓRICA DE LA GARANTÍA PROCESAL

Descenderé de planteamiento tan concreto, que me ha ocupado renglones antes, al genérico terreno que me ocupa - y me preocupa - en este momento: el histórico. Y lo diré. 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. Si se acepta este planteamiento, que yo presumo correcto, lo cierto es que los diversos sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia, no siempre se situaron ante unas estructuras procesales uniformes y razonablemente justas.

A la luz de lo que llevo – por ahora – expuesto, no se me escapa que, 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.

Así que traeré la cuestión – ya lo he dicho – al plano histórico. 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 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.

No es un hallazgo mío, sino el certero diagnóstico de quienes, en esta lid histórica, se han batido el cobre con todo el brío del mundo, que 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*. Esta se concertaba y se refrendaba por el magistrado, el cual, con el *dare actionem*, concedía la garantía de la jurisdicción. Por la *litis contestatio* el litigio pasaba al dominio judicial (*res in iudicio 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). Veamos, entonces. La *litis contestatio* consumía la acción (*in legítimo ipso iure actio consumatur*, GAYO 180). La concepción romana de las garantías, que ofertaba 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 era común que no se acudiera a ese enjuiciamiento libremente (sin previo acuerdo), pues si así fuera, la solución sería arbitral.

Por tanto, hay que cargar el acento en el “desacuerdo”. Para superar esos inconvenientes de la *litis contestatio* se acude a la figura del cuasicontrato que no requiere un previo acuerdo de voluntades. Pero, la propuesta no tiene fuste. La razón: 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 justicia pública.

Era preciso cambiar de tercio. Frente a las orientaciones de cuño privado (sistema de garantías particulares), surge una forma de ofertar un sistema de garantías, esta vez, ya público. Pero, a quien ose auspiciarlo le espera, igualmente, un vía crucis de tarascadas que lo dejarán baldado. Por lo pronto aportó el tal sistema –de cuño público– dos cosas. La primera atañe a que, las garantías entre las partes intervinientes en el enjuiciamiento en justicia, se encuentran sustentadas en la existencia de una relación jurídico-procesal, con derechos y obligaciones recíprocas. La segunda concernía a que, 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 se origina 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, ahora arriba el vía crucis de tarascadas, a que aludía renglones antes, ya que, 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 una 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 (art. 138 de la Constitución peruana). 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”. Surgieron, entonces, 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 –.

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

Y a lo que voy. La teoría de la situación jurídica al aportar una indudable consideración sociológica, evidencia la existencia de un fenómeno sociológico del proceso de indudable proyección liberal o neoliberal.

Pero para mí que, el rigor de la proyección histórica de la garantía procesal superadora de la concepción civilista de la relación jurídica procesal o la sociológica liberal o neoliberal de la situación jurídica, pasa por ubicarse en la existencia de auténticos “Deberes procesales” y en la conveniencia técnica de sustituir el término “carga procesal” por el de “deberes procesales”. No me hallo falto de razón cuando definiendo 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 conceptualización germana del proceso de la función jurisdiccional, de índole sociológica, en la que no existen propiamente derechos y obligaciones [civiles], sino 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 conceptualización 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.

Y aquí es a dónde yo quería llegar. 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 procedimental que justifica la sanción [la multa].

Pero, a despecho de lo indicado, se debiera asistir al alumbramiento de imperativos de orden público en base a exigencias, no sólo de la propia ordenación procedimental, 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].

En fin, demasiado embrollo para cosa buena ¿O, no?

4. LA GARANTÍA PROCESAL ES COMPROMISO CONSTITUCIONAL

Tengo la impresión de no estar sacando las cosas de quicio cuando me hallo convencido de lo siguiente: la garantía procesal posee una conceptualización funcional constitucional. Sí. Hay que decirlo. El proceso es garantía, en tanto en cuanto afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos [patológicos].

Me complace decir que esa funcionalidad – la del proceso que es garantía – se modela con el referente constitucional a través de una sustantividad que ha preterido los planteamientos amorfos sin referentes temporales.

Y henos aquí que 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 Constitución ampara y establece. Y mírese por dónde que arribo al garantismo constitucional de la norma procesal. Por lo que no tendré más cuajo que admitir que, el proceso – el de la función jurisdiccional –, es compromiso constitucional porque la Constitución garantiza que, aquel [el proceso], pueda amparar los derechos a través de la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana (1985, La garantía procesal, p. 99).

En limpio: la garantía procesal, en su vertiente funcional, se justifica porque se ampara en base a la existencia de aquella “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana). Y ese amparo no es amorfo, sino sustantivo por exigencias de aquel compromiso.

Entonces, y en la medida en que el proceso es compromiso [constitucional] de garantía funcional en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos] – de “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana) –, se proyecta – se entiende, el proceso –, en su sustantividad, autónomamente. Y henos aquí que no interese 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 comprometida constitucionalmente con la “observancia del debido proceso y

la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana).

Y aquí es a dónde yo quería llegar nuevamente. Sus criterios funcionales de actuación – los del proceso, se entiende – son ordinarios en la medida en que asume el compromiso constitucional de actuarlos. La razón: porque el ámbito de protección, a través de la tutela judicial efectiva que funcionalmente aplica de forma autónoma, es ordinario. No es excepcional o propio del ejercicio de una función jurisdiccional especial o excepcional. No. En caso contrario [de no existir tal compromiso de actuación ordinaria] aquel sería de carácter extraordinario o no común – de ejercicio excepcional de la función jurisdiccional; o para decirlo de otro modo: el reconocimiento del ejercicio de funciones jurisdiccionales excepcionales – sería inconstitucional o contrario a la Constitución.

A la vista de estos datos, y 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 “observancia del debido proceso” que la norma constitucional reclama (artículo 139.3 de la Constitución peruana).

Y henos de bruces con otra realidad no menos importante: la “observancia del debido proceso” constitucional es, ante todo, sustantividad garantista autónoma. Y, además, sustantividad garantista común y ordinaria. Lo que me lleva a enfatizar que 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. Conclusión: esa funcionalidad es expansiva (2005, La garantía del derecho procesal y su incidencia).

Para dispar malentendidos sobre la pertinencia de la anterior conclusión – la relativa al carácter expansivo de la funcionalidad garantista constitucional del proceso – no está de más indicar que su conceptualización garantista [como sistema de garantías] en su vertiente funcional, como compromiso constitucional, evidencia la inutilidad sobrevenida de no pocos conceptos y principios tradicionales del procesalismo pretérito, los cuales [sobre 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 (2003, El derecho procesal como sistema, p. 546 y 547).

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 irreducible sustantividad en el concepto clave.

Y lo he de decir en razón de ese carácter de concepto clave que reclamo. 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 Constitución 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; 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 acción), 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 dinamización 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 inconcebible 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. Para que se me entienda: lo determinante es aludir – lo he dicho renglones antes – a una efectividad sustantiva de la posibilidad constitucional de “accionar”, que es garantizada a “todos”, a través del proceso y el acceso a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana) mediante criterios de flexibilidad, proporcionalidad y apertura que permitan una completa garantía de jurisdiccionalidad para todas las partes en el proceso de la función jurisdiccional que suponga, en todo caso, decantarse por la solución a favor de un pronunciamiento sobre el fondo del debate en aplicación, ahora sí, del principio pro actione ¡Nada más y nada menos!

¿Qué nos queda? Nos queda un derecho de acción en sentido constitucional, no como un mero “derecho al proceso”, y sí como un derecho a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana) que garantizará – garantismo procesal – el proceso: como un derecho a una efectiva tutela. Nada menos.

Ahora, el procedimiento. 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 (art. 150 de la Constitución peruana), 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 (o sea, el derecho a

un proceso con todas las garantías).

Y, por último la jurisdicción. 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 (recuérdese el artículo 138 de la Constitución peruana), no al proceso cuanto más bien, al poder judicial o jurisdicción.

En limpio. Se accede, en el modo expuesto, a un modelo de procesalismo abierto –y expansivo– 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 del compromiso constitucional que asume el proceso. No el procedimiento. Por ello, se está en presencia de un modelo de proyección temporal [mutante] y sumamente crítico.

Esa dinamización – expansibilidad – equivale a reconocer que las garantías no son abstractas. Actúan críticamente el modelo concreto de tutela judicial efectiva que establece la Constitución.

Anote el paciente lector el cambio de rumbo propuesto – y asimílelo – no vaya a marearse con las parrafadas que aún le esperan.

5. LA PROYECCIÓN PRÁCTICA DE LA METODOLOGÍA DE LA GARANTÍA PROCESAL COMO COMPROMISO CONSTITUCIONAL. LA DISTINCIÓN ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Si contra el riesgo de la arbitrariedad jurisdiccional no conozco otro antídoto que el garantismo procesal a la fuerza habré de admitir que, en el ámbito del Derecho procesal, el proceso de la función jurisdiccional, ha de proyectarse – en la práctica – en el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de un modelo adjetivo y, por ello, procedimentalista en el que es posible ubicar determinadas fases o períodos – más o menos típicos –. Tales fases o períodos, en la medida en que lo compartimentan, se hallan abocados 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.

Vale ¿O no? Si vale, he de admitir que no siempre se sigue un modelo estancado –de compartimentos estancos, se entiende –, aunque, en todo caso, exista o no compartimentación en el modelo que se adopte, surge la querencia hacia el binomio proceso/procedimiento.

En lo que concierne al primero [el proceso] no me asalta la duda acerca de que asume, frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo en el sistema de garantías que al justiciable

debe –“debidas” a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana) – ofertar (metodología constitucional del proceso de la función jurisdiccional).

En lo que atañe al segundo, en cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, sólo y exclusivamente, los “esenciales principios” procesales – entiéndanse, como tales, las garantías de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes –.

Y no digo que esté equivocado (tampoco lo contrario), pero debo de reconocer que el procedimiento es técnicamente una realidad formal y ritualaria 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 constitucional, mediante una sustantividad debida –procesalmente –.

Y, toda vez que, el esclarecimiento de la dicotomía proceso/procedimiento no necesita – pienso para mí – de otras credenciales epistemológicas, en ella me sumerjo directamente. Así, el proceso se constituye en la justificación del procedimiento. Lo que no significa que no pueda existir procedimiento sin proceso, puesto que el primero es tecnificación mecanicista y adjetiva, y el segundo no – claro que no –, al hallarse comprometido con la base garantista del “aquí y ahora” constitucional (metodología constitucional del proceso de la función jurisdiccional).

Y aquí es a donde quería llegar: ambos –proceso y procedimiento– son hipótesis de trabajo autónomas (2005, *La garantía del derecho procesal y su incidencia*).

Para no desarmar semejante emparejamiento bivalente me permitiré la siguiente excursión metodológica. La diré. El procedimiento es una realidad conceptual abstracta – formal y adjetiva – en el que, 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 constitucional establece. En cambio, el proceso es sustantividad comprometida constitucionalmente. El procedimiento es formalidad acrítica y mecanicista. El proceso, al contrario, con su sustantividad garantista justifica y corrige las “anomalías” en la aplicación mecanicista y técnica del procedimiento (2000, *Tratado*, p. 25).

Para que se entienda mejor. La atemporalidad de las normas, en su vertiente procedimental, 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 –“debidas” a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana)–.

Vamos, que el procesalista que se precie ha de asumir el “compromiso constitucional” que no es político, ya que la Constitución como norma suprema es apolítica.

Y, a ver. Todo lo indicado renglones antes abona un planteamiento rupturista y de adecuación de la norma procesal al sistema de garantías procesales que se halla recogido en la propia Constitución y en los propios textos procesales. Esa adecuación es, sin embargo, negada por cierto sector doctrinal español. Veamos cómo. Quizá en esa propuesta, justificada en la negación, se ubique SERRA DOMÍNGUEZ (1972, *Liberalización y socialización del proceso civil*, p. 512, 514, 541 y 542) al mantener que, el Derecho procesal – su sustrato o esencia, se entiende– permanece inmutable y que, en consecuencia, no es posible postular en él la ruptura.

Al contrario. El proceso del ejercicio funcional de la jurisdicción desde su sustantividad no debe ser conservador, sino rupturista. Y para la ruptura sólo existe un referente: la Constitución. Su aportación a la normativa procesal ni es política porque el texto constitucional es apolítico, ni es rituaría, técnicamente, porque la adopción de la metodología constitucional construye una realidad procesal sustantiva [no adjetiva, rituaría o técnica] acomodada con la realidad constitucional de “aquí y ahora” es la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana).

Y aquí es a dónde quería llegar nuevamente. La sustantividad que aporta la Constitución no es técnica o formalmente propia del procedimiento y de sus soluciones técnico-adjetivas. De ahí que, por propia naturaleza, sea dinámica y rupturista. Dinamización 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” (art. 138 de la Constitución peruana).

Pienso para mí que, 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 jurisdiccional, 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 – permítaseme decir: “social” – el órgano jurisdiccional como “órgano de soberanía” adopta una posición activa que ha de suponer un nuevo reparto de cometidos entre ese órgano jurisdiccional y las partes que, como efecto más inmediato, va a originar – lo diré – dinamización y ruptura que se justifican en la cualificación de los órganos jurisdiccionales como órganos de soberanía (art. 138 de la Constitución peruana). Nada menos.

6. EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO

Propósitos parejos se hallan en el sobado “debido proceso sustantivo”.

Para mí – me apoyo en la ilustración de la reiteración para expresarme, en el modo en que deseo, renglones seguidos –, 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 instrumentación, a través del procedimiento, de esa sustantividad garantista, alcanzándose así – salvo mejor parecer – el debido proceso sustantivo en el modo postulado por ALMAGRO NOSETE.

A ver. Se trataría de la conexión, en palabras de ALMAGRO NOSETE (1984, Constitución y proceso, p. 105 y 106), de “las meras formalidades – énfasis mío – de un proceso, con las condiciones de justicia del mismo – la “tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana – para garantizar que el ciudadano sea razonablemente enjuiciado sin atentar a sus derechos fundamentales” – énfasis, de nuevo, mío – que nos abocaría hacia el carácter de debido y sustantivo del proceso – de la función jurisdiccional – para no atentar contra los “derechos fundamentales” del ciudadano – en palabras de ALMAGRO NOSETE – y que sólo encuentra su justificación – el carácter de debido y sustantivo del proceso – en la medida en que corrige, en cada momento histórico, la atemporabilidad e instrumentalidad aséptica y adjetiva del procedimiento – de “las meras formalidades” en palabras, de nuevo, de ALMAGRO NOSETE–.

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

Esta breve –pero sabrosa, pienso para mí– miscelánea garantista no nos hace perder de vista que, 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 conceptualización del proceso como garantista y sustantivo. Esta tesis es la que, quizá, propugna ORTELLS RAMOS (1999, Introducción, págs. 4 y 5). Para entenderlo. 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. Pero, no frustra la realidad del garantismo procesal. Por lo demás, esa actitud acomodaticia consistente en conceptualizar el Derecho procesal “por otros derroteros” [según ORTELLS RAMOS] distintos a los garantistas no debe ser determinante porque –pienso para mí– no sería constitucional.

Y no deseo ser tibio. 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 [art. 24 de la Constitución] y 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 procesal. No es posible frustrar la realidad del garantismo procesal. No. Mil veces, no.

Pero, una advertencia. Sería tremendamente torpe pensar que, la corrección de la atemporalidad mecanicista procedimental, debe originar un desmantelamiento del procedimiento, cuya técnica, es acrítica. Si así se pensara se convertiría al debido proceso sustantivo en algo sin sentido. Sin justificación. Tampoco no.

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 procedimental se justifique y para que, la sustantividad garantista del debido proceso, no sea una realidad conceptualmente desprovista de lógica y sentido técnico.

Para que se me entienda. Un planteamiento garantista, que opere sin la justificación técnica 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 que operar. De no tenerse en cuenta tal planteamiento estaríamos abocados a lo absurdo, lo que no justifica la supresión de la técnica procedimental 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 procedimental, sería una realidad conceptual inoperante e, insisto, desprovista de lógica y sentido.

Pero, malamente servirían las únicas soluciones procedimentales [rituarias]. La hipervaloración procedimentalista, sin la sustantividad debida del proceso de “aquí y ahora” de cada momento histórico, puede abocar a actitudes irracionales.

De ahí que, si no exaspero al lector con mi fijación en el carácter “debido” y “sustantivo” del proceso de la función jurisdiccional, tendrá que convenir conmigo que, cuando ESPARZA LEIBAR (1995, El principio del debido proceso, págs. 27 y 53) conceptúa el proceso como una realidad instrumental por ser «instrumento de la función jurisdiccional a través del cual únicamente se ejerce la misma» y 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», se aparta o aleja del común criterio doctrinal, hasta ahora examinado, que parte del concepto de proceso para luego realizar la concreción –con más o menos

fortuna, he de decirlo– de la realidad, comúnmente considerada, formal del procedimiento. Entonces, no tendré más cuajo que admitir que se apuesta por la opción metodológica inversa. Esto es, el procedimiento sería lo que otorga debida efectividad “sustantiva” al proceso.

Nuevamente no deseo terciar en ideas ajenas en lo que ha de ser considerado, tan sólo, como un debate doctrinal. No. En modo alguno. Pero, permítame el paciente lector decir que, causa extrañeza, que, con base en que “se trata de la influencia del mismo [del procedimiento se entiende] en la efectividad del proceso”, se construya el denominado, por ESPARZA LEIBAR, “principio del debido proceso”, por cuanto, metodológicamente, parece difícil construir un concepto del “debido proceso”, que ante todo debería ser sustantivo y autónomo, a través de la justificación de la formalidad acritica y mecanicista – sin sustantividad “debida” al texto constitucional – del procedimiento. En definitiva, y como ya se supondrá, es justo lo contrario. O sea, que el procedimiento no otorga efectividad al proceso, puesto que el proceso, conceptualmente, es autónomo, porque, de lo contrario, no le cualificaría su “sustantividad debida – a la norma constitucional, se entiende –”; 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 – es la constitucional del fair trial; fair hearing– que, justo, porque es sustantiva, no puede ontológicamente depender o ser efectiva en base a la acriticidad del procedimiento. Y aquí es a dónde quería llegar: primero es el proceso –“debido”, se entiende –. Pero, no el procedimiento. Repare el lector en que lo expuesto es, nuevamente, una opinión doctrinal que, tengo para mí, se halla fundada o justificada.

Y termino ya. 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. Dicho de otro modo, el “debido proceso” de la función jurisdiccional se inscribe en la conceptualización de la Administración de Justicia como servicio público.

Me satisface que GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ opine del mismo modo (2003, Cuestiones de práctica, p. 2). Y mírese por qué. Ahí va. 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]. Pero, permítame el paciente lector indicarle que no siempre se ha pensado de ese modo. No es mi deseo, una vez más, terciar en opiniones ajenas. Pero, para se haga una idea de lo que deseo aludir ahí está la opinión de ÁLVAREZ SACRISTÁN que parece negar que el proceso se deba –“debido”, se entiende – a la existencia de un sistema de garantías al decir que “.... ni la justicia es un servicio público, ni la actuación procesal es servicio público en el sentido de la expresión....” (1999, La justicia, p. 28).

Es poco menos que anecdótico y/o pintoresco apelar al garantismo procesal, 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.

Y pongo aquí mi punto y final – por ahora – con el deseo de no haber cansado, en demasía, al paciente lector.

7. BIBLIOGRAFÍA

- NOSETE, J. Almagro. *Constitución y proceso*. Barcelona: Bosch, 1984.
- SACRISTÁN, I. Álvarez. La justicia y su eficacia. *De la Constitución al proceso*. Madrid: Ed. Colex, 1999.
- GUILLÉN, V. Fairén El proceso como función de satisfacción jurídica. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. n. 1, 1969.
- LEIBAR, I. Esparza. *El principio del debido proceso*. Barcelona: Bosch, 1995.
- GONZÁLEZ, F. Gómez de Liaño. *Cuestiones de práctica judicial relativa a la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000*. San Sebastián: Publicaciones del Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.
- NAVARRETE, A. M^a. Lorca. La garantía procesal del Derecho. *Revista Brasileira de Direito Processual*. 1985, v. 47.
- _____. *El problema de la administración de justicia*. San Sebastián: Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989, Reimpresión en 1996.
- _____. La garantía del derecho procesal. Su tratamiento doctrinal. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA)*. n.3, 1998.
- _____. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*. Madrid: Ed. Dykinson, 2000.
- _____. *El derecho procesal como sistema de garantías*. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. n. 107, Mayo-Agosto 2003.
- _____. La garantía del derecho procesal y su incidencia en la ley de enjuiciamiento civil. *Diario LA LEY*, n. 6346 de 25 de octubre de 2005.
- _____. El proceso “con todas las garantías” (art. 24.2 de la Constitución). *Diario LA LEY*, n. 6803, 2007.
- AROCA, J. Montero. *Introducción al proceso laboral*. Barcelona: Bosch Editor, 1994.
- _____. et al. *Derecho Jurisdiccional*. 9. edición. Valencia, 1999.
- RAMOS, M. Ortells. *Introducción al derecho procesal*. Granada: Comares, 1999.

DOMÍNGUEZ, M. Serra. Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales). *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. n. 2-3 de 1972.